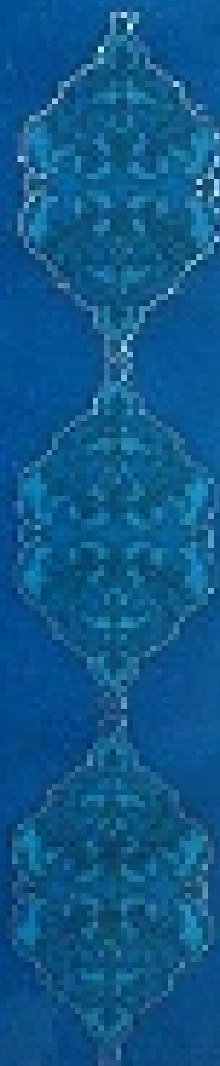


سلسله مباحث خارج فقه

آیت الله العظمی مکارم شیرازی مد ظله

کتاب النکاح





تهیه و تنظیم

محمد رضا حامدی - مسعود مکارم

بسم الله الرحمن الرحیم

کتاب النکاح: سلسله مباحث خارج فقه آیه الله العظمی مکارم شیرازی (مدظله)

نویسنده:

ناصرمکارم شیرازی

ناشر چاپی:

مدرسه الامام علی بن ابی طالب علیه السلام

ناشر دیجیتالی:

مرکز تحقیقات رایانه‌ای قائمیه اصفهان

فهرست

کتاب النکاح: سلسله مباحث خارج فقه آیه‌الله العظمی مکارم شیرازی(مدظله) جلد ۲

مشخصات کتاب

سرشناسه : مکارم شیرازی، ناصر، ۱۳۰۵ -

عنوان و نام پدیدآور : کتاب النکاح: سلسله مباحث خارج فقه آیه‌الله العظمی مکارم شیرازی(مدظله)/ تهیه و تنظیم محمدرضا حامدی، مسعود مکارم.

مشخصات نشر : قم: انتشارات امام علی‌بن ابی طالب (ع)، ۱۳۸۲-

مشخصات ظاهری : ج.

شابک : دوره: ۰-۸۹-۶۶۳۲-۹۶۴ ؛ ۱۰۰۰۰ریال: ج.۱: ۱-۰۹-۸۱۳۹-۹۶۴ ؛ ج.۲: ۹-۷۶-۶۶۳۲-۹۶۴ ؛ ۱۰۰۰۰ ریال: ج.۳-۹۶۴-۶۶۳۲-۷۴-۲ : ؛ ج.۴-۵۴-۱۰-۸۱۳۹-۹۶۴ :

یادداشت : پشت جلد به‌انگلیسی: Makarem Shirazi Ketab - Al- Nekah: the juris Prudence Lessons of his holiness ayatullahelozma Makarem Shirazi

یادداشت : ج. ۳ (چاپ اول: ۱۳۸۱) .

یادداشت : ج.۷ (چاپ اول: ۱۳۸۷) .

یادداشت : عنوان دیگر: کتاب النکاح: تقریرات مباحث خارج فقه حضرت آیه‌الله العظمی مکارم شیرازی(مدظله).

یادداشت : کتابنامه .

مندرجات : ج. ۱. سال تحصیلی ۷۸ - ۷۹ .-ج. ۲. سال تحصیلی ۷۹ - ۸۰ .-ج. ۴. سال تحصیلی ۸۱ - ۸۲ .-ج.۷. سال تحصیلی ۸۵ - ۸۴

عنوان دیگر : سلسله مباحث خارج فقه آیه‌الله العظمی مکارم شیرازی(مدظله) .

عنوان دیگر : کتاب النکاح: تقریرات مباحث خارج فقه حضرت آیه‌الله العظمی مکارم شیرازی(مدظله)

موضوع : زناشویی (فقه)

شناسه افزوده : حامدی، محمدرضا ،۱۳۴۸، - گردآورنده

شناسه افزوده : مکارم، مسعود، ۱۳۴۶ -، گردآورنده

رده بندی کنگره : BP۱۸۹/۱/م۷ک ۲ ۱۳۸۲

رده بندی دیویی : ۲۹۷/۳۶

شماره کتابشناسی ملی : م ۸۰-۲۳۹۸۹

فهرست

مسئلة ۱۴: حکم العزل ... ۱۴۲

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۵

بِسْمِ اللّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِیم

مقدّمه

الحمد للّه الذی انعم علینا بفضله، و هدانا بمنّه و کرمه و عرفنا مواقع احسانه و اکمل لنا دیننا و أتمّ نعمته علینا، و ما کنّا لنهتدی لو لا أن هدانا اللّه، و صلّی اللّه علی اشرف بریّته و خاتم رسله، محمّد صلی الله علیه و آله و علی الأوصیاء من ذریّته، أئمّة الهدی، و مصابیح الدّجی، و اعلام التّقی و ذوی النّهی، لا سیّما الامام الثانی عشر، المهدی المنتظر، علیه آلاف التّحیّة و الثّناء.

کتاب حاضر دوّمین جلد از مجموعهٔ «دروس خارج فقه حضرت آیهٔ اللّه العظمی مکارم شیرازی (مدّ ظلّه العالی)» در بحث نکاح است که در سال تحصیلی ۸۰- ۷۹ تدریس شده که به شکلی نوین در دسترس علاقه‌مندان قرار گرفته است و جلد اوّل آن شامل دروس نکاح سال ۷۹- ۷۸ بزودی عرضه می‌گردد.

بعد از آنکه در طول سال تحصیلی، پس از هر جلسه، جزوهٔ درس استاد، در اختیار علاقه‌مندان قرار گرفت، و با استقبال خوبی مواجه شد، بر آن شدیم که مجموعهٔ درس‌ها را از ابتدای بحث‌های «کتاب النّکاح» در هر سال جمع‌آوری کرده و در اختیار عزیزانی که در همهٔ مباحث همراه نبوده و قصد دارند به جهت پیوستگی مطالب از ابتدا آنها را دنبال کنند، به چاپ برسانیم. بدین منظور مجموعهٔ درس‌ها بازبینی گردید و تمامی روایات و مطالبی که از کتب مختلف نقل شده، به طور دقیق و با ذکر آدرس کامل به آن اضافه گردید تا طالبین را از مراجعه به کتب مختلف بی‌نیاز کند.

ویژگی ممتاز درس استاد معظم، دسته‌بندی دقیق مطالب و کیفیّت بدیع و دقیق ورود و خروج به مباحث است که در این امر نیز سعی شده است که به همان شیوه مطالب سنگین و مهمّ علمی با دسته‌بندی و تیتر مناسب و شماره‌گذاری ارائه شود.

از جمله ویژگی‌های این مجموعه که آن را از نظائرش ممتاز می‌کند، این است که به صورت «درسی- فارسی» تنظیم شده که ضمن سهولت دسترسی به مطالب، حال و هوای حضور در درس را دارد؛ علاوه بر این در کنار این مجموعه، نرم‌افزاری دروس نیز آماده شده که به راحتی با استفاده از رایانه قابل دسترسی می‌باشد.

امید است توانسته باشیم خدمت کوچکی نسبت به عزیزانی که توفیق شرکت در دروس حضرت استاد را نداشته‌اند، یا به جهت تعمّق در مطالب درسی، سخنان استاد را بر روی کاغذ پیاده نکرده‌اند برداشته باشیم.

لازم به ذکر است‌که در بعضی از دروس برای رعایت نظم و ترتیب مطالب و مباحث، قسمت‌هایی از مطالب درسی جابجا و به قسمت‌های مربوطه منتقل گردیده، لذا آن دسته از عزیزانی که دروس حضرت استاد را از نوار کاست و یا، در کنار این مجموعه پی‌گیری می‌نمایند، به این نکته توجه داشته باشند.

لطفاً هرگونه پیشنهاد و یا انتقاد خود را به آدرس ناشر ارسال دارید تا در مراحل بعدی از آن استفاده گردد.

اللّهم وفّقنا لما تحبّ و ترضی

محمّد رضا حامدی- مسعود مکارم

۲۱ رمضان المبارک ۱۴۲۲

حوزهٔ علمیّهٔ قم

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۶

بِسْمِ اللّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِیم

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۷

[فصلٌ فی اولیاء العقد]

۱ مسألة ۱ (ولایة الاب و الجد علی الصغیر و الصغیرة)

اشاره

۱۹... /۶/ ۷۹

فصلٌ فی اولیاء العقد

مسألة ۱: للاب و الجد من طرف الاب بمعنی اب الاب فصاعداً ولایة علی الصغیر و الصغیرة و المجنون المتصل جنونه بالبلوغ و کذا المنفصل عنه علی الظاهر و لا ولایة للأم علیهم و للجد من طرف الأم و لو من قبل أم الاب بأن کان اباً لام الاب مثلًا و لا للاخ و العم و الخال و اولادهم.

مقدّمه:

اولیاء عبارتند از:

۱- جد و اب ۲- وصیّ بر صغار ۳- مولی ۴- حاکم شرع

در مورد اب و جد از نظر اقوال اختلافی نیست که ولایت بر صغیر و صغیره دارند، علّامه در مختلف می‌فرماید:

و اما ابن ابی عقیل فانه قال الولی الذی هو اولی بنکاحهنّ هو الاب ... و لم یذکر للجد ولایة «۱»

شاید بتوان گفت از اب، جد هم فهمیده می‌شود و بعید به نظر می‌رسد که ایشان جد را ولی ندانند، و شمول اب نسبت به جد در کلمات معمولی و آیات و روایات زیاد است، به عنوان مثال آیة: «وَ اتَّبَعْتُ مِلَّةَ آبائِی إِبْراهِیمَ وَ إِسْحاقَ وَ یَعْقُوبَ» «۲»، اسحاق جد یوسف و ابراهیم جد اعلای وی بوده است که همه را به «آبائی» تعبیر کرده است همانگونه که در روایات هم داریم:

السّلام علیک و علی آبائک الطاهرین

مرحوم صاحب حدائق نیز چنین می‌فرمایند:

و (ثانیها) دومین مورد اختلاف‌قول ابن ابی عقیل فی نقصان الجد من هؤلاء المذکورین فانّه قال: الولی الذی أولی بنکاحهنّ هو الاب دون غیره من الاولیاء و لم یذکر للجد الولایة. «۳»

به هرحال ایشان چه مخالف باشد چه نباشد ما دلائل زیادی بر ولایت اب و جد داریم، و روایات زیادی در سه باب ذکر شده است.

۲ ادامهٔ مسئلهٔ ۱ ... ۲۰/ ۶/ ۷۹

مسأله اولی در مورد ولایت بر صغیر و صغیرهٔ است. و مسئلهٔ ثانیه در مورد ولایت بر کبیر و کبیره است به این معنا که آیا پدر و جد بر دخترِ عاقلِ بالغِ باکره ولایت دارند یا نه؟

فروع:

اشاره

۱- اب و جد بر صغیر و صغیره ولایت دارند، با شرایطی که در جای خود ذکر می‌شود مثل رعایت مصلحت.

۲- اب و جد بر مجنونِ کبیر ولایت دارند (جنون گاهی متصل به صغر است و گاهی منفصل است).

۳- مادر و جد مادری ولایت ندارند، حتّی جد من قِبَل الام.

۴- برادر، عمو، دائی و بستگان پدری ولایتی ندارند.

فرع اوّل: «ولایت اب و جد بر صغیر و صغیره»

اشاره

در این فرع اختلافی به حسب اقوال در بین علمای شیعه نیست، و تنها ابن ابی عقیل مخالفت کرده و معتقد است که پدر ولایت دارد امّا جد ندارد.

ادلّه:

اشاره

برای ولایت اب و جد غیر از اجماع چند دلیل آورده شده است:

دلیل اوّل: روایات

...* عن محمّد بن مسلم عن احدهما (علیهما السلام) قال: اذا زوج الرجل ابنهٔ ابنه فهو جایز علی ابنه و لابنه ایضا أن یزوّجها. فقلت: فان هوی ابوها رجلًا و جدّها رجلا، فقال: الجدّ اولی بنکاحها. «۴»

...* عن عبید بن زراره قال: قلتُ لأبی عبد الله علیه السلام: الجاریهٔ یرید ابوها ان یزوّجها من رجلٍ و یرید جدّها أن یُزوّجها من رجلٍ آخر، فقال الجدُّ اولی بذلک ما لم یکن مضارّا، ان لم یکن الاب زوّجها قبله و یجوز علیها تزویج الاب و الجدّ. «۵»

(قدر متیقّن از اطلاق روایات، صغیره است).

...* و عن هشام بن سالم و محمد بن حکیم، عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: اذا زوّج الاب و الجدّ کان التّزویج للاوّل

(برای آن کسی که اوّل اقدام کرده)

فان کانا جمیعاً فی حال واحدهٔ فالجدّ اولی. «۶»

نکته:

البته روایات باب ۱۱ مستقیماً مربوط به ولایت اب و جد نیست بلکه به صورت تعارض آمده که معنایش این است که ولایت اب و جد مسلّم است و بحث در تقدّم ولایت جد بر ولایت اب است. در باب ۶ و ۱۲ از ابواب عقد نکاح وسائل احادیثی در این زمینه داریم.

---

(۱) ج ۷، ص ۱۰۰.

(۲) آیهٔ ۳۸، سورهٔ یوسف.

(۳) حدائق، ج ۲۳، ص ۲۰۲.

(۴) ح ۱، باب ۱۱ از ابواب عقد نکاح.

(۵) ح ۲، باب ۱۱ از ابواب عقد نکاح.

(۶) ح ۳، باب ۱۱ از ابواب عقد نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۸

دلیل دوم: آیهٔ ۲۳۷ سورهٔ بقره

این آیه در مورد مهر است و می‌فرماید که قبل از دخول اگر طلاق بدهند مهر نصف می‌شود و در دنبالهٔ آیه می‌فرماید: «إِلّا أنْ یَعْفُونَ أوْ یَعْفُوَا الَّذِی بِیَدِهِ عُقْدَةُ النِّکاحِ» این تعبیر اجمالًا می‌فهماند که چه کسی در نکاح اختیار دارد قطعاً خود زوجه را نمی‌گوید و قدر متیقن از آن «اب» است. البته در تفسیر آیه اختلاف وجود دارد.

دلیل سوم: بناء عقلا و سیرهٔ متشرّعه

تمام عقلا پدر را ولیّ بچّه می‌شناسند (چه در ازدواج و چه در امور مالی) قدر مسلّم در همه جا ولایت اب هست و شارع مقدس هم امضا فرموده است.

فرع دوم: «ولایت اب و جد بر مجنون»

اشاره

در اینجا نیز ادّعای اجماع شده است، که پدر بر مجنون متّصل ولایت دارد، امّا این مسأله هیچ روایتی ندارد، چون شاید این امر از مسلّمات بوده و کسی از امام علیه السلام سؤال نکرده است.

پس سرچشمهٔ این اجماع از کجاست؟

در اینجا دو دلیل اقامه می‌کنیم:

دلیل اوّل: استصحاب

اشاره

پدر و جد بر مجنون صغیر ولایت داشتند حالا که کبیر شده و متصل به جنون است، نمی‌دانیم که ولایت پدر و جد قطع شده است یا نه؟

لا تنقض الیقین بالشک

می‌گوید حالا هم که مجنون کبیر شده استصحاب ولایت می‌کنیم.

اشکال:

اشاره

به این استصحاب ممکن است دو اشکال وارد شود:

۱– تبدّل موضوع:

موضوع استصحاب قبلًا صغیر بوده و حالاـ کبیر است. امّا اگر بگوئیم این تبدّل از حالات است و مُضرّ به استصحاب نیست، استصحاب درست می‌شود ولی اگر این تبدّل حالات، مقوّم باشد، مضرّ خواهد بود و استصحاب جاری نمی‌شود، بعبارت دیگر کان ولیّا علی الصغیر و هنا ولیّ علی الکبیر.

۲– شبهۀ حکمیّه:

ما استصحاب را در شبهات موضوعیّه جاری می‌کنیم و استصحاب در شبهات حکمیّه مشکل است، به این معنی که نمی‌دانیم حکم اللّه نسبت به جنون، ولایت اب است یا نه؟ اجرای استصحاب در این صورت کار مشکلی است

نتیجه: استصحاب اگر هم جاری شود، در جنون متّصل به صغر جاری می‌شود.

۳ ادامۀ مسئلۀ ۱ ... ۲۱/ ۶/ ۷۹

دلیل دوّم: آیۀ ۶ سورۀ نساء

...« فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَیْهِمْ أَمْوالَهُمْ » ... مفهوم جملۀ شرطیّه این است که اگر رشید نبودند اموالشان را به آنها ندهید، به این معنی که ولایت بر اموال در مجنون مسلّم است، حال الغاء خصوصیّت می‌کنیم و می‌گوئیم بسیار بعید است که شارع مقدس ولایت بر اموال مجانین را برای پدر و جد قرار دهد، امّا در نکاح ولایت قرار ندهد، اگر ملاک علاقۀ پدر است که در هر دو مورد وجود دارد، و اگر ملاک عدم توانائی مجنون است، این هم در هر دو مورد موجود است. مضافاً بر اینکه روایتی داریم که ملازمۀ بین اموال و نکاح را ثابت می‌کند.

البتّه سند روایت اشکال دارد چون

«عن البرقی أو غیره»

دارد.

احمد بن محمد بن خالد برقی کسی بود که خودش خوب بوده ولی از ضعفاء نقل می‌کرده و چون در سند روایت «أو غیره» دارد، روایت مرسله می‌شود:

* باسناده عن احمد بن محمد بن عیسی، عن البرقی او غیره، عن صفوان، عن عبد اللّه، عن ابی بصیر، عن ابی عبد الله علیه السلام: قال سألته عن الذی بیده عقدۀ النکاح، قال: هو الاب و الاخ و الرجل یوصی الیه، و الذی یجوز امره فی مال المرأۀ فیبتاع لهما فیشتری فأیّ هؤلاء عفا فقد جاز. «۱»

معلوم می‌شود همان ولی که اختیار اموال به دست اوست نکاح نیز به دست اوست. پس با توجه به آیه و با ضمیمۀ این روایت می‌فهمیم کسانی که ولایت بر اموال دارند ولایت بر نکاح هم دارند.

اشکال: مخاطب در آیه کیست؟ اب است یا جد؟

معلوم نیست، ولی معمولًا در جائی که جمع گفته می‌شود، منظور حاکم شرع است مثل السّارِقُ وَ السّارِقَةُ فَاقْطَعُوا «... ۲»

نتیجه: این آیه نیز مشکل ما را حل نکرد.

دلیل سوم: سیرهٔ عقلا

اگر در خانه‌ای بچّه‌ای دیوانه شود او را به پدر و جد می‌سپارند، شارع مقدس هم این سیره را امضا فرموده است.

فرع سوّم: «عدم ولایت مادر و جد مادری بر صغیر و صغیره»

اشاره

---

(۱) ح ۴، باب ۸ از ابواب عقد نکاح.

(۲) آیهٔ ۳۸ سورهٔ مائده.

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۹

اقوال:

از نظر اقوال این مسأله هم مسلّم است که «لا ولایة للام علی الصغیر و الصغیرة».

مرحوم نراقی در مستند و صاحب ریاض در ریاض ادّعای اجماع فرموده‌اند.

لا ولایة فی النکاح لاحد علی احد سوی الاب و الجدّ له و المولی و الحاکم و الوصیّ اجماعاً منّا محقّقاً (محصّل) و محکیّاً (حکایت شده از دیگران) مستفیضاً فی غیر الام و الجدّ لها و وفاقاً لغیر الاسکافی فیهما ایضاً. «۱»

روایات:

...* عن محمّد بن مسلم عد احدهما علیه السلام قال: لا تستأمر الجاریة اذا کانت بین ابویها

(تا پدر و مادر دارد از خودش نظرخواهی نمی‌شود)

لیس لها مع الاب امرٌ، و قال: یستأمرها کلّ احد ما عدا الاب. «۲»

...* عن زرارة ابن اعین قال: سمعت أبا جعفر علیه السلام یقول: لا ینقض النکاح الّا الاب. «۳»

...* عن محمد بن مسلم عن ابی جعفر علیه السلام قال: لا ینقض النکاح الّا الاب. «۴»

۴ ادامهٔ مسئلهٔ ۱ ... ۲۲/ ۶/ ۷۹

روایات معارض:

اشاره

در مقابـل این روایـات به روایـات دیگری برای «ولاـیت‌ام» اسـتدلال شـده است. یکی از آن روایـات، روایتی است که در منابع اهل سنّت آمده و ما از حدائق آن را نقل می‌کنیم:

...* انّ رسول اللّه صلی الله علیه و آله، امر نعیم بن نجاح أن یستأمر امّ ابنته فی أمرها،

(چرا تعبیر به «ام ابنته» فرموده است و نفرموده «زوجته»، شاید این دختر از پدر دیگری (ربیبه) بوده)

«و قال و امروهنّ فی بناتهنّ». «۵»

یعنی اینها باید دربارهٔ دخترانشان اجازه بدهند به عبارت دیگر مادر دربارهٔ دخترش اجازه دارد.

دلالت حدیث خوب است ولی سند معتبری ندارد چون از منابع عامّه نقل شده است.

...* عن محمد بن مسلم، عن ابی جعفر علیه السلام انّه سأله عن رجلٍ زوّجته امّه و هو غایب، قال: النکاح جایزٌ، إن شاء المتزوّج قَبِل و إن شاء ترک فان ترک المتزوّج تزویجه فالمهر لازم لامّه. «۶»

که از این روایت معلوم می‌شود نکاح حاصل شده است و نفی آن شبیه طلاق است و از ذیل حدیث استفاده می‌شود که مادر ولایت داشـته و نکـاح صـحیح بوده است. مگر این که شـک در ولاـیت‌ام (یـا اخ یا خال) ... بکنیم، که در این صورت اصل عـدم ولایت است (عدم ولایهٔ احدٍ علی احدٍ) که این اصل، به اصالهٔ الفساد در باب معاملات برمی گردد.

اشکالات روایت:

اشاره

۱- ولایت بر «ابن کبیر» را احدی در هیچ جا نگفته است.

۲- اگر این نکاح درست بوده بدون طلاق بهم نمی‌خورد (ظاهر این نکاح فضولی است).

۳- اگر این نکاح صحیح باشد چرا مادر مهریه را بدهد؟ در حالی که «المهر علی الزوج».

احتمال اوّل:

صـاحب وسائـل و دیگران در روایت تصـرّف کرده و در ذیل آن گفته‌انـد: مهریه در مقام اثبات است نه ثبوت و مقام ثبوت برای ما مجهول است، به این معنی که چون مادر ادّعای وکالت از پسـر می کند، نکاح صـحیح است؛ ولی از آن طرف چون پسر هم وکالت را نفی می کند و نکاح را صحیح نمی‌داد، مادر باید مهریه را بدهد زیرا

«اقرار العقلاء علی انفسهم جایز».

احتمال دوّم:

دادن مهریّه مستحب است چون کرامت زن مخدوش شده است پس‌دفعاً لخدش کرامتها، استحباباً مهریه را می‌دهد.

فرع چهارم: «عدم ولایت عم، اخ، خال بر صغیر و صغیره».

اقوال:

در اینجا مسأله اجماعی است و مخالفی هم ندارد، امّا اهل سنّت برای خویشاوندان پدری (عصبه) غالباً قائل به ولایت هستند. «۷»

مرحوم نراقی ادّعای اجماع بر عدم ولایت عم و اخ کرده است.

مرحوم محقق ثانی می‌فرماید:

«و الولایهٔ الثابتهٔ بالقرابهٔ منحصرهٔ عندنا فی القرابهٔ الابوّهٔ و الجدهٔ من الابوهٔ باتّفاق علمائنا، فلا تثبت للاخ ولایهٔ، من الأبوین کان أو من احدهما، انفرد أم کان مع الجد، خلافاً للعامّهٔ و کذا الولد و سائر العصبات، قربوا أم بعدوا». «۸»

---

(۱) ج ۱۶، ص ۱۲۴.

(۲) ح ۳، باب ۴ از ابواب عقد نکاح.

(۳) ح ۱، باب ۴ از ابواب عقد نکاح.

(۴) ح ۵، باب ۴ از ابواب عقد نکاح.

(۵). ج ۲۳، ص ۲۰۲ و جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۹۲ و سنن، ج ۷، ص ۱۱۶.

(۶) ح ۳، باب ۷، از ابواب عقد نکاح.

(۷) الفقه علی المذاهب الاربعه، ج ۴، ص ۲۸.

(۸) جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۹۲.

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۱۰

دلیل: روایات

...* عن محمد بن الحسن الاشعری، قال: کتب بعض بنی عمّی الی ابی جعفر الثانی علیه السلام: ما تقول فی صبیّهٔ زوّجها عمّها، فلمّا کبرت ابت التزویج، فکتب لی: لا تکره علی ذلک و الامر امرها» «۱»

«محمد بن الحسن الاشعری» شخص مجهول الحالی است بنابراین حدیث از نظر سند قابل مناقشه است؛ ولی عمل اصحاب به این روایت جبران ضعف سند را می‌کند، و از نظر دلالت صریح است، خصوصاً که در مورد صغیره است.

۵ ادامهٔ مسئلهٔ ۱ ... ۲۳/ ۶/ ۷۹

...* عن الحلبی، عن ابی عبد اللّه علیه السلام فی حدیث قال: سئل عن رجل یرید أن یزوّج اخته؟ قال: یُؤامرها فان سکتت فهو اقرارها و ان ابت لا یزوّجها. «۲»

این حدیث از نظر سند صحیحه است منتهی دو اشکال دارد:

۱- نفی استقلال برادر است به این معنی که ولایت مشترکه را نه نفی می‌کند و نه اثبات.

۲- این روایت در مورد کبیره صحبت می‌کند چرا که مشورت و این که سکوت نشانهٔ رضایت است، در مورد کبیره است، پس ممکن است که برادر بر صغیره ولایت داشته باشد.

...* عن داود بن سرحان، عن ابی عبد اللّه علیه السلام، فی رجل یرید أن یزوّج اخته، قال: یؤامرها فان سکتت فهو اقرارها و ان أبت لم یزوّجها، فان قالت: زوّجنی فلاناً، زوّجها ممّن ترضی الحدیث. «۳»

راوی صدر حدیث «محمد بن علی بن الحسین» است، که مراد مرحوم صدوق است. آیا سند صدوق تا «داوود» صحیح است؟

جامع الرواهٔ سند صدوق را تا داوود در باب نکاح صحیح ذکر نکرده است، لذا سند حدیث خالی از اشکال و دغدغه نیست.

نتیجه: این دو حدیث گرچه توجّه مستدلین به نفی ولایت اخ را به خود جلب کرده است؛ ولی دلالتی بر عدم ولایت اخ بر صغیر

ندارد، پس دليل ما در اينجا عمومات عدم ولايت است.

روايات معارض:

اشاره

بيش از روايت نفی ولايت اخ روايت مثبت ولايت اخ در بين اخبار موجود است.

...* عن محمـد بن قيس، عن ابی جعفر عليه السـلام قـال: قضـی امير المؤمنين عليه السـلام فی امرأةٍ انكحها اخوها رجلًا ثم انكحتها امّها بعـد ذلك رجلًا و خالها أو اخ لها صـغير فـدخل بها (شوهر دوم عروسـی كرد) فحبلت فاحتكما فيها، فأقام الاوّل الشـهود فالحقها بالاوّل و جعل لها الصداقين جميعاً، و منع زوجها الّذی حقّت له أن يدخل بها حتّی تضع حملها ثم الحق الولد بابيه «۴».

(دوّمی وطی به شبهه است)

اين حديث می گويد: چون برادر جلوتر از مادر بوده، ولايت برادر صحيح است.

مرحوم صاحب جواهر اين روايت را بدون عبارت

«اخ لها صغير»

نقل كرده است. «۵»

...* عن وليد بيّاع الاسـقاط قال: سـئل أبو عبد اللّه عليه السـلام و انا عنده، عن جارية كان لها اخوان زوّجها الاكبر بالكوفة، و زوّجها الاصغر بأرض اخری، قال: الاوّل بها اولی الّا ان يكون الآخر قد دخل بها فهی امرأته، و نكاحه جايز. «۶»

روايت، ولايت اخ اكبر و اصغر را مسلّم دانسته است و بحث عند التّعارض است كه می‌فرمايد: ولايت اكبر اولويت دارد.

...* عن بعض اصحابنا عن الرضا عليه السلام قال: الاخ الاكبر بمنزلة الاب. «۷»

توجيهات روايات معارض:

اين روايات را سه گونه توجيه كرده‌اند:

۱- اين ولايت حمل بر وكالت می‌شود يعنی خواهر به برادر در امر ازدواج وكالت می‌دهد بطوری كه در جوامع گذشـته بعد از پدر برادر بزرگ‌تر اختيار خواهر را به دست می گرفت.

۲- ايـن ولايـت را حمـل بر اسـتحباب كنيم به اين معنی كه مسـتحب است خـواهر به برادر احـترام بگـذارد و اجـازة او را هم در نظر بگيرد.

خصوصاً از حديث امام رضا عليه السلام بيشتر اين معنی به نظر می‌رسد.

۳- اين حكم امام را حمل بر تقيه كنيم چون تمام اهل سنّت برای برادر ولايت قائل هسـتند؛ ولی از اصـحاب ما احدی به اين ولايت عمل نكرده است و معرض‌عنهای اصحاب است و اين توجيهات هم به خاطر اعراض اصحاب است.

[مسألة ۲: ليس للأب و الجد للأب ولاية علی البالغ الرشيد و لا علی البالغة الرشيدة إذا كانت ثيّبة]

اشاره

۶ مسئلة ۲ (ولاية الاب و الجد الباكرة الرشيدة ...) ۲۶/ ۶/ ۷۹

مسألة ۲: لیس للاب و الجد للاب ولایة علی البالغ الرشید و لا علی البالغة الرشیدة اذا کانت ثیبة و امّا اذا کانت بکراً ففیه اقوال:

---

(۱) ح ۲، باب ۶ از ابواب عقد نکاح.

(۲) ح ۴، باب ۴ از ابواب عقد نکاح.

(۳) ح ۱، باب ۷ از ابواب عقد نکاح.

(۴) ح ۲، باب ۷، از ابواب عقد نکاح.

(۵) ج ۲۹، ص ۲۳۱.

(۶) ح ۴، باب ۷ از ابواب عقد نکاح.

(۷) ح ۶، باب ۸ از ابواب عقد نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۱۱

استقلالها و عدم الولایة لهما علیها لا مستقلًا و لا منضماً، و استقلالهما و عدم سلطنة و ولایة لها کذلک و التشریک بمعنی اعتبار اذن الولی و اذنها معاً، و التفصیل بین الدوام و الانقطاع إمّا باستقلالها فی الاوّل دون الثّانی أو العکس و الأحوط الاستئذان منهما، نعم لا اشکال فی سقوط اعتبار اذنهما ان منعاها من التزویج بمن هو کفو لها شرعاً و عرفاً مع میلها، و کذا إذا کانا غائبین بحیث لا یمکن الاستئذان منهما مع حاجتها إلی التزویج.

عنوان مسأله: آیا پدر بر دختر باکره ولایت دارد؟

امام (ره) مسأله را این گونه آغاز می‌کند که پدر و جد بر پسر کبیر ولایت ندارند،
و لا علی البالغة الرشیدة الثّیبة. اینکه ملاک در ثیبه چیست، مبحث مهمی است ولی فعلًا جای بحث از آن نیست.

اقوال:

امام پنج قول را بیان فرموده‌اند که در کلمات اصحاب هست و صاحب مسالک هم در مسأله، قول ششمی دارند. از این اقوال شش‌گانه سه قول اوّل مشهور است.

۱- استقلالها و عدم الولایة لهما علیها لا مستقلًا و لا منضماً، به این معنی که پدر نه مستقلًا ولایت دارد و نه بانضمامِ رضایت دختر، (پدر نه تمام العلّة است و نه جزء العلّة).

۲- و استقلالهما و عدم سلطنةٍ و ولایة لها کذلک. (عکس قول اوّل)

۳- التشریک بمعنی اعتبار اذن الولی و اذنها معاً.

۴- التفصیل بین الدوام و الانقطاع، باستقلالها فی الاوّل (دائم) دون الثانی (متعه).

۵- عکس الرابع (در متعه مستقل است ولی در دائم مستقل نیست).

۶- انّ التّشریک فی الولایة تکون بین المرأة و أبیها خاصة (نسبت به جد تشریک نیست) دون غیره من الاولیاء، و نسبه الی المفید «۱».

فتوای امام رحمه الله: و الاحوط الاستیذان منهما، به این معنی که از هر دو (جد و پدر) اجازه بگیرد (قول سوّم). البتّه اگر کُفوی برای دختر پیدا شود که از هر لحاظ مناسب باشد و پدر موافقت نکند، اینجا موافقت پدر ساقط است. همچنین در صورت غیبت جد و پدر احتیاطاً از حاکم شرع اجازه می‌گیرد.

قائلین قول اوّل: مشهور متأخرین، شیخ طوسی در تبیان، سید مرتضی، شیخ مفید در احکام النساء، سلّار، ابن ادریس، محقق، علّامه، ابن جنید.

قائلین قول دوّم: شیخ طوسی در اکثر کتاب‌هایش، صدوق، ابن ابی عقیل، محدّث کاشانی، صاحب حدائق.

قائلین قول سوم: أبو الصلاح حلبی، مفید در مقنعه، صاحب وسائل.

قائلین قول چهارم: محقّق در شرایع.

قائلین قول پنجم: مرحوم شیخ طوسی در تهذیب و استبصار.

قائلین قول ششم: به مفید نسبت داده شده است.

۷ ادامهٔ مسئلهٔ ۲ ... ۲۷/ ۶/ ۷۹

اقوال عامّه:

اشاره

دانستن اقوال عامّه ما را در فهمیدن احادیث یاری می‌دهد. که شیخ طوسی در الخلاف، در کتاب النکاح آنها را بیان فرموده‌اند:

شافعیّه:

قائل شده‌اند که اجازهٔ ولی شرط است.

قال الشّافعی اذا بلغت الحرهٔ الرشیدهٔ ملکت کل عقد الّا النّکاح فانها متی ارادت ان تتزوّج افتقر نکاحها الی الولی (معنی شرکت همین است) و هو (اجازهٔ ولی) شرط لا ینعقد الّا بکل حالٍ «۲». (قول سوم)

ابو حنیفه:

قائل به استقلال کامل دختر شده است.

قال ابو حنیفه اذا بلغت المرأهٔ الرّشیدهٔ فقد زالت ولایهٔ الولی عنها کما زالت عن مالها «۳» (قول اوّل). سپس در ذیل کلامش یک استثنا دارد، که اگر دختر دون شأن خانوادگی و کفو خود ازدواج کند؛ ولیّ حقّ فسخ دارد، به این معنا که ازدواج درست است امّا ولیّ می‌تواند فسخ کند.

مالک:

قائل به تفصیل بین نسیبه و دنیّه شده است.

إن کانت عربیّهٔ و نسیبهٔ (دارای اصل و نسب) فنکاحها یفتقر الی الولی، و لا ینعقد الّا به. و ان کانت معتقهٔ دنیّهٔ (دون نسب) لم یفتقر إلیه «۴».

داوود:

قائل به تفصیل بین بکر و ثیب شده است.

ان کانت بکراً فنکاحها لا ینعقد الّا بولیّ و ان کانت ثیّباً لم یفتقر

(۱) حدائق، ج ۲۳، ص ۲۱۲.

(۲) خلاف، ج ۴، ص ۲۵۰.

(۳) خلاف، ج ۴، ص ۲۵۱.

(۴) خلاف، ج ۴، ص ۲۵۲.

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۱۲

إلی الولی «۱» (قول دوم).

بررسی اقوال:

ادلّه قول اوّل (استقلال باکره رشیده):

دلیل اوّل: اصل

«الاصل عدم ولایهٔ احدٍ علی احد»، اصل استقلال (قول اول) است و لذا اگر کسی مدّعی عدم استقلال شد باید دلیل بیاورد، چرا که خلاف اصل دلیل می‌خواهد.

سؤال: آیا می‌توان در اینجا به استصحاب تمسّک کرد؟

استصحاب در اینجا به این معنی است که ولایت پدر در زمان صغر را استصحاب کنیم به زمانِ کبر. ولی استصحاب در اینجا جاری نمی‌شود چون موضوع عوض شده است، سابقاً موضوع «صِغَر» بود و الان «کِبَر» شده است.

جواب: استصحاب به این معنا درست نیست؛ ولی به دو گونهٔ دیگر می‌توان استصحاب را جاری کرد:

۱- استصحاب عدم ازلی: این بنت قبل از وجودش کسی به او ولایت نداشت (ینتفی بانتفاء موضوعه) اکنون هم که موجود شده است، عدم ولایت زمان انتفاء موضوع را استصحاب می‌کنیم.

۲- استصحاب عدم جعل تشریع: قبل از اسلام چنین ولایتی بر این دختر نبوده است، در حال اسلام هم این عدم جعل تشریع را استصحاب کنیم.

و لکن الانصاف: ما قائل به استصحاب عدم ازلی نیستیم و استصحاب عدم جعل تشریع هم معارض دارد، پس رجوع به استصحاب، صحیح نیست؛ ولی یک راه دیگر برای اصل «عدم ولایهٔ احدٍ علی احدٍ» داریم و آن رجوع به عمومات «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» است. هر عقدی که بستید وفا به آن لازم است ولی اگر پدرتان عقدی برای شما بست وفاء به آن لازم نیست به عبارت دیگر أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، یعنی اوفوا بعقودکم. پس حریّت انسان با عمومات أَوْفُوا بِالْعُقُودِ درست می‌شود.

دلیل دوّم: آیات

دو دسته آیه داریم:

دستهٔ اوّل: آیاتی دربارهٔ «المرأهٔ المتوفی منها زوجها» (شوهر مرده)

«وَ الَّذِینَ یُتَوَفَّوْنَ مِنْکُمْ وَ یَذَرُونَ أَزْواجاً » «... ۲» * که اطلاق این دو آیه، ثیبه و باکره را می گیرد و ظهور در استقلال دارند. پس اگر در اینجا باکره استقلال دارد، در جاهای دیگر هم استقلال دارد (بنابراین که باکره را غیر مدخوله بگیریم).

۸ ادامهٔ مسئلهٔ ۲

۲۸/ ۶/ ۷۹...

دسته دوم: آیات طلاق که می‌فرمایند زنان بعد از عدّهٔ طلاق حقّ ازدواج دارند:

«وَ إِذا طَلَّقْتُمُ النِّساءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ یَنْکِحْنَ أَزْواجَهُنَّ» «۳» هنگامی که زنان را طلاق دادید و عدّه تمام شد مانعشان نشوید از هر کاری که می‌خواهند برای خودشان انجام دهند (بقرینه مقام منظور ازدواج است) پس از این تعبیر استفاده می‌شود که نباید آنها را منع کرد.

استدلال به این آیه، منوط بر دو مقدمه است:

۱- زنانی که از طرق غیر عادی مدخول بها باشند نیز عدّه دارند.

۲- منظور از باکره غیر مزوّجه نباشد، بلکه منظور این باشد که حالت قبلی در او محفوظ باشد.

مثل این آیه، آیات دیگری هم داریم با همین مقدمات و مشکلات.

دلیل سوّم: احادیث

اشاره

احادیث متضافر هستند و همه دلالت بر استقلال باکرهٔ رشیده دارند:

...* عن سعدان بن مسلم قال: قال أبو عبد الله علیه السلام: لا بأس بتزویج البکر اذا رضیت بغیر اذن أبیها «۴».

این حدیث از نظر سندی ضعیف است چون «سعدان بن مسلم» مجهول الحال است و توثیق ندارد. البتّه این ضعف سند قابل جبران است چون:

۱- این احادیث متضافر هستند و در بین آنها احادیث صحیحه هم وجود دارد.

۲- اگر قول اوّل را مشهور بدانیم (به جهت ادّعای شهرت) ضعف سند با شهرت جبران می‌شود.

...* عن زرارهٔ، عن ابی جعفر علیه السلام قال: اذا کانت المرأهٔ مالکهٔ امرها تبیع و تشتری و تعتق و تشهد و تعطی من مالها

(باکره رشیده که استقلال مالی دارد)

ما شاءت فانّ امرها جائز تزوّج إن شاءت بغیر اذن ولیّها و ان لم تکن کذلک فلا یجوز تزویجها الّا بأمر ولیّها «... ۵»

---

(۱) خلاف، ج ۴، ص ۲۵۲.

(۲) آیهٔ ۲۳۴ و ۲۴۰ سورهٔ بقره.

(۳) آیهٔ ۲۳۲ سورهٔ بقره.

(۴) ح ۴، باب ۹ از ابواب عقد النکاح.

(۵) ح ۶، باب ۹ از ابواب عقد النکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۱۳

در سند این روایت هم «موسی بن بکر» وجود دارد که مجهول الحال است؛ ولی روایت مدحی درباره‌اش وارد شده است که راوی آن خودش می‌باشد. این روایت هم جبران ضعفش مثل حدیث قبلی است.

* محمد بن علی بن الحسین باسناده عن الفضیل بن یسار و محمد بن مسلم و زراره و برید بن معاویه کلّهم، عن ابی جعفر علیه السلام قال: المرأة الّتی قد ملکت نفسها غیر السفیهة و لا المولّی علیها تزویجها بغیر ولیّ جایز. «۱»

این صحیحه، «صحیحة الفضلاء» است و سند بسیار قوی دارد، چون چهار نفر از بزرگانِ روایت، آن را روایت کرده‌اند.

در دلالت این روایت سه اشکال وجود دارد:

ان قلت: «المرأة» مفرد محلّی به «ال» است و دلالتی بر عموم ندارد.

قلنا: مفرد محلّی به «ال» مطلق است مثل «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَیْعَ» که در مقام بیان است و با ضمیمهٔ مقدّمات حکمت نتیجه‌اش همان نتیجهٔ عام است.

ان قلت: حدیث می گوید «ملکت نفسها» باشد و این اول کلام است که باکره مالک امرها باشد، بلکه فقط ثیبه را می گیرد و اگر هم شک کنیم، قدر مسلم را می گیریم که همان ثیّبه است.

قلنا: مراد از «ملکت نفسها»، در امور مالی است نه در ازدواج، زیرا اگر در ازدواج باشد، توضیح واضحات است.

ان قلت: شاید مراد از «ملکت نفسها» جائی باشد که ولیّ او مرده باشد و او مالک نفس خود شده است.

قلنا: خود روایت می‌فرماید: بغیر ولیِ جایزیعنی ولی دارد.

...* عن عبد الرحمن بن ابی عبد اللّه عن ابی عبد اللّه علیه السلام قال:

تزوّج المرأة من شاءت اذا کانت مالکة لامرها، فإن شاءت جعلت ولیّا «۲».

(مراد وکیل گرفتن است).

۹ ادامهٔ مسئلهٔ ۲ ... ۳۰/ ۶/ ۷۹

...* عن ابی سعید القمّاط عمن رواه

(سند مشکل دارد)

قال: قلتُ لأبی عبد الله جاریةٌ بکر بین ابویها تدعونی الی نفسها سرّاً من ابویها فافعل ذلک؟ قال نعم و التقی موضع الفرج، قال: قلت فان رضیت بذلک، قال: و ان رضیت فانّه عار علی الابکار. «۳»

این دلیل است بر عدم جواز مواقعه با او.

...* عن الحلبی

(سند مشکل دارد)

قال: سألته عن التمتع من البکر اذا کانت بین ابویها بلا اذن ابویها، قال: لا بأس ما لم یقتض ما هناک لتعف بذلک. «۴»

روایات معارض:

این روایات معارض دارد.

...* عن محمد بن مسلم قال: قال أبو عبد الله علیه السلام: لا بأس بتزویج البکر اذا رضیت، من غیر اذن أبیها. «۵»

(مرفوعه است و سند مشکل دارد)

حدیثی از طرق عامّه که مرحوم صاحب جواهر از ابن عباس نقل کرده ولی در سنن ابن ماجه از ابن بریده نقل شده:

...* عن ابن بريدة، عن أبيه

(سند از نظر عامّه صحيح است)

قال:

جاءت فتاة الى النبى صلى الله عليه و آله فقالت: إنَّ أبى زوّجنى ابن اخيه له ليرفع بى خسيسته

(تا اینکه شخصیت پیدا کند یا اینکه خیلی خرجی نداشته باشد)

قال، فجعل الامر اليها فقالت: قد اجزت ما صنع ابى و لكن اردت ان تعلم النساء ان ليس الى الآباء من الامر شيء. «۶»

۱۰ ادامهٔ مسئلهٔ ۲ ... ۲/ ۷/ ۷۹

ان قلت: این احادیث

«مالكة لامرها»

داشت که با استقلال سازگار است، و برای آن سه تفسیر می‌توان بیان نمود:

۱- مراد از آن ثیبه است. این تفسیر را در ذیل این روایت صاحب وسایل، علامه مجلسی در مرآة العقول و صاحب روضه در روضهٔ المتّقين آورده‌اند.

۲- مراد از آن، دختری است که پدرش را از دست داده است و ولیّ ندارد، اگر این احتمال هم باشد باز احادیث قابل استناد نیست، چون ما در جائی بحث می‌کنیم که ولیّ دارد و این روایات جائی را می‌گویند که پدر در کار نباشد. علّامه در مرآة العقول می‌گوید: «اذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال».

۳- مراد از آن دختری است که استقلال اقتصادی داشته باشد به این معنی که کسی که در امور اقتصادی رشیده است و اموالش به دستش سپرده شده، در امر ازدواج هم استقلال دارد.

---

(۱) ح ۱، باب ۳ از ابواب عقد النكاح.

(۲) ح ۸، باب ۳ از ابواب عقد النكاح.

(۳) وسایل، ج ۱۴، ح ۷، باب ۱۱ از ابواب متعه.

(۴) حدیث ۹، باب ۱۱ از ابواب متعه.

(۵) مستدرک، ج ۱۴، باب ۸ از ابواب عقد نکاح، ح ۳، ص ۳۱۹.

(۶) ج ۱، ص ۶۰۲، ح ۱۸۷۴.

کتاب النكاح (مكارم)، ج۲، ص: ۱۴

قلت: اوّلًا: باید گفت تعبیر به

«مالكة لامرها»

در سه روایت از هشت روایت بود، پس اگر اشکال را بپذیریم به همه روایات ضربه نمی‌خورد.

ثانیاً: شک نکنید که مراد از

«مالكة لامرها»

همان احتمال سوّم است، چون در برخی از روایات به این معنی تصریح شده است

«التى تشترى و تبيع » «... ۱»

وقتی تصریح داریم چرا سراغ احتمال برویم. و در بعضی تعبیری دارد که مثل تصریح است

«المرأة الّتی قد ملکت نفسها غیر السفیه و لا المولی علیها» «۲»

و دیگر اینکه اگر بخواهیم احتمال اول و دوم را قبول کنیم یعنی کسی که کارش در همه امور به دست خودش است، می‌تواند بدون اذن ولیّ ازدواج کند، این توضیح واضح است، پس این روایات زنده شد و مشکلی از نظر روایت نداریم.

دلیل قول دوم: (باکرهٔ رشیده هیچ اختیاری از خودش ندارد

اشاره

و اختیارش بدست ولی می‌باشد، مادامی که باکره است و اگر ثیّبه شد اختیارش بدست خودش می‌افتد).

اصل در اینجا جاری نیست به این معنی که نمی‌توان در اینجا ولایت پدر و جد از صغر تا به امروز را استصحاب کرد چون موضوع و عنوان کلًا عوض شده، به این معنی که صغیر، کبیر شده است.

روایات:

روایات زیادی داریم که دلالت می‌کند بر عدم استقلال باکرهٔ رشیده، که این روایات نقطهٔ مقابل قول اوّل است.

...* عن فضل بن عبد الملک، عن ابی عبد اللّه علیه السلام قال: لا تستأمر

(لا تستأذن)

الجاریة التی بین ابویها اذا اراد ابوها أن یُزوّجها هو أنظر لها و امّا الثّیب فانها تستأذن، و ان کانت بین ابویها اذا ارادا ان یُزوّجاها «۳»

. این حدیث دلالت کاملی دارد.

...* عن الحلبی، عن ابی عبد الله علیه السلام: قال: سألت عن البکر اذا بلغت مبلغ النساء

(موقع ازدواج او بشود)

أ لها مع أبیها امرٌ؟ فقال:

لیس لها مع أبیها امرٌ ما لم تُثیّب «۴»

....* عن عبید بن زراره، عن ابی عبد اللّه علیه السلام فی حدیث قال: لا تستأمر الجاریة فی ذلک اذا کانت بین ابویها فاذا کانت ثیّباً فهی اولی بنفسها. «۵»

...* عن عبد اللّه بن الصلت، قال: سألت أبا عبد اللّه علیه السلام عن الجاریة الصغیرة یزوّجها ابوها، لها امرٌ اذا بلغت؟ قال: لا لیس لها مع أبیها امرٌ، قال: و سألته عن البکر اذا بلغت مبلغ النساء، أ لها مع أبیها امرٌ؟ قال: لیس لها مع أبیها امرٌ ما لم تکبر «۶».

(تثیّب)

...* عن ابراهیم بن میمون، عن ابی عبد اللّه علیه السلام قال: اذا کانت الجاریة بین ابویها فلیس مع ابویها امرٌ و اذا کانت قد تزوّجت لم یزوجها الّا برضا منها «۷»

....* عن الحلبی، عن ابی عبد اللّه علیه السلام فی الجاریة یزوجها ابوها بغیر رضاءٍ منها، قال: لیس لها مع أبیها امرٌ اذا انکحها جاز نکاحه و ان کانت کارهة «۸»

.* علی بن جعفر فی کتابه عن اخیه موسی بن جعفر علیه السلام: قال سألته عن الرجل هل یصلح له ان یزوّج ابنته بغیر اذنها؟ قال:

نعم، لیس یکون للولد

(دختر)

امرٌ الّا ان تکون امرأةٌ قد دُخل بها قبل ذلک، فتلک لا یجوز نکاحها الّا أن تستأمر. «۹»

۱۱ ادامهٔ مسئلهٔ ۲ ... ۳/ ۷/ ۷۹

...* عن ابان، عن ابی عبد اللّه علیه السلام قال: اذا زوّج الرّجل ابنه کان ذلک الی ابنه، و اذا زوّج ابنته جاز ذلک «۱۰»

(اختیار دست ولی است).

روایت می‌گوید اگر پسر باشد، پسر اختیار دارد ولی اگر دختر باشد، پدر اختیار دارد.

جمع‌بندی: این روایات هشت‌گانه می‌رساند که ولی اختیار دارد.

یک سلسله روایاتی «۱۱» هم داریم که گاهی به آن استدلال می‌کنند، که در تعارض اب و جد، جد را اولی می‌داند و این روایات و لو در مقام بحث ما نیست و بیان حکم تعارض می‌کند؛ ولی در عین حال، تسلّمی از آن استفاده می‌شود که اگر اب، بنت را ازدواج دهد صحیح است و اگر جد، بنت را ازدواج دهد، صحیح است منتهی در صورت تعارض آن دو، حکم چیست؟ پس روشن است که طبق روایات استقلال، پدر و جد مفروغ عنه است، و لیکن بعید نیست که این روایات ناظر بر صغیره باشد که در این صورت از بحث ما خارج است. ولی بعضی از روایت تعبیری دارند که نشان می‌دهد این

---

(۱) ح ۶، باب ۹ از ابواب عقد نکاح.

(۲) ح ۱، باب ۳ از ابواب عقد نکاح.

(۳) ح ۶، باب ۳ از ابواب عقد نکاح.

(۴) ح ۱۱، باب ۳ از ابواب عقد نکاح.

(۵) ح ۱۳، باب ۳ از ابواب عقد نکاح.

(۶) ح ۳، باب ۶ از ابواب عقد نکاح.

(۷) ح ۳، باب ۹ از ابواب عقد نکاح.

(۸) ح ۷، باب ۹ از ابواب عقد نکاح.

(۹) ح ۸، باب ۹ از ابواب عقد نکاح.

(۱۰) ح ۳، باب ۱۳ از ابواب عقد نکاح.

(۱۱) روایات باب ۱۱ از ابواب عقد نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۱۵

دعوای اب و جد بر سر کبیره است:

...* عن علی بن جعفر عن اخیه موسی بن جعفر علیه السلام قال ...: قال الّذی هوی الجد احق بالجاریه لأنّها (باکره) و اباها للجد «۱»

که کبیره باشد یا صغیره این تعبیر درست است چرا که تعلیل عام است.

تعبیر دیگری هم داریم در جائی که پدر و جد، دختر را ازدواج داده‌اند، از امام سؤال می‌کنند اکنون چه‌کار کنیم؟ امام می‌فرماید: «...

احبّ الیّ ان ترضی بقول الجدّ «۲»»،

از تعبیر به رضایت در اینجا معلوم می‌شود که کبیره مراد است چون رضایت صغیره ملاک نیست.

ادلّهٔ قول سوم (قول به شرکت هم اذن باکرهٔ رشیده و هم اذن ولی شرط است).

دلیل اوّل: اصالهٔ الاحتیاط

در ابواب نکاح اصل احتیاط است چون باب فروج و ولد است.

جواب: در مقابل آن، اصل «عدم ولایهٔ احد علی احد» داریم پس نمی‌توان به اصل احتیاط تمسک کرد.

دلیل دوّم: روایت

در اینجا از نظر روایات دستمان خالی است و فقط یک روایت پیدا کردیم که برای قول شرکت خوب است و سایر روایات که بعضی فکر کرده‌اند برای شرکت است، در واقع دلالت ندارد.

در طریق روایت ابن فضّال است که فطحی است ولی موثّق است: (فطحی‌ها ۱۳ امامی هستند و عبد الله افطح را امام می‌دانند).

...* استشار عبد الرحمن موسی بن جعفر علیه السلام فی تزویج ابنته لابن اخیه، فقال: افعل و یکون ذاک برضاها، فإنّ لها فی نفسها نصیباً

(این قسمت دلالت بر شرکت دارد)

قال: و استشار خالد بن داود موسی بن جعفر علیه السلام فی تزویج ابنته علی بن جعفر فقال: افعل و یکون ذلک برضاها فإنّ لها فی نفسها حظّاً «۳».

روایات سابقه که می‌گفت اذن دختر را بگیر، شراکت را نمی‌رساند. بله اگر می‌گفت اذن دخترت را «هم» بگیر، شرکت را می‌رساند، اما اجازه گرفتن از دختر ممکن است تمام العلّه و یا جزء العلّه باشد. پس این روایات دلالتی بر ما نحن فیه ندارد و مجمل و مبهم است.

«هذا تمام الکلام فی الأقوال الثلاث»

جمع‌بندی اقوال ثلاثه:

اشاره

ادلّه این اقوال با هم معارض هستند. آیا بین ادلّهٔ اقوال جمع دلالی هست (چون مقدّم بر همه جمع دلالی است) که بتوانیم تعارض را از بین ببریم؟

روایات اولی صریح بود که بدون اطلاع ولی، نکاح صحیح است و تمام اختیار بدست بالغه است و روایات دسته دوم که می‌گفت «لیس لها شیء»

(دختر هیچ حقی ندارد) این دو دسته روایات در مقابل هم ایستاده‌اند و دسته سوم نمی‌تواند این دو را جمع کند، بنابراین واقعاً جمع دلالی بین این روایات مشکل است.

اکنون که جمع دلالی ممکن نشد، باید سراغ مرجّحات برویم:

مرجّح اوّل، شهرت: بیشتر مؤیّد قول اوّل است.

مرجّح دوم، کتاب: آیات قرآن مطابق قول اوّل است که با ظاهر کتاب هماهنگ است.

مرجّح سوم، مخالفت عامّه: هیچ‌کدام از اقوال این مرجّح را ندارند، زیرا عامّه نیز مختلف گفته بودند.

نتیجه: چاره‌ای نداریم که قول اوّل را بپذیریم.

۱۲ ادامهٔ مسئلهٔ ۲ ... ۴/ ۷/ ۷۹

البتّه در اینجا گروه چهارمی از احادیث معتبر و صحیح وجود دارد که احدی به آن فتوی نداده است جز آقای حکیم در مستمسک،

روایاتی که می گوید پدر می‌تواند نکاح را فسخ کند، پس معلوم می‌شود که نکاح باکرهٔ رشیده، صحیح است، منتهی پدر می‌تواند فسخ کند، مثل حقّ شفعه و بیعی که در آن خیار باشد، که مجموعاً دو روایت است:

...* عن زرارهٔ بن اعین قال: سمعت أبا جعفر علیه السلام یقول: لا ینقض النکاح الّا الاب «۴»

، ظاهرش این است که نکاح انجام شده و صحیح است، «لا ینقض» معنایش این است که چیزی انجام شده و پدر فسخ می کند.

...* عن محمّد بن مسلم، عن ابی جعفر علیه السلام قال: لا ینقض النکاح الّا الاب «۵».

آقای حکیم روایتی هم از حلبی «۶» نقل می‌کند به همین معنا. ظاهر روایات این است که بنت استقلال دارد ولی پدر بعد از آن می‌تواند فسخ کند که از اینجا قول هفتمی هم در می‌آید. حال ما باشیم و قواعد اصول این روایات را باید کنار هم بگذاریم و نتیجه بگیریم.

---

(۱) ح ۸، باب ۱۱ از ابواب عقد النکاح.

(۲) ح ۴، باب ۱۱ از ابواب عقد نکاح.

(۳) ح ۲، باب ۹، از ابواب عقد نکاح.

(۴) ح ۱، باب ۴، از ابواب عقد نکاح.

(۵) ح ۵، باب ۴، از ابواب عقد نکاح.

(۶) مستمسک، ج ۱۴، ص ۴۴۴.

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۱۶

همان گونه که گفته شد بین روایات جمع دلالی نیست و باید سراغ مرجّحات برویم و مرجّحات هم، مطابق قول اوّل است، بنابراین تا اینجا اقوی، قول اوّل است.

در اینجا دو طریقهٔ جمع دیگر هم گفته شده است

اشاره

که اگر این جمع‌ها درست شود، مقدّم بر مرجّحات است، چون جمع دلالی عرفی است و جمع دلالی عرفی مقدم است بر مرجّحات.

۱- جمع دلالی مرحوم آیهٔ اللّه حکیم در مستمسک

«۱» آقای حکیم می‌گوید: ما سه طایفه روایت داریم، روایاتی که می‌گوید بنت مستقل است، روایاتی که می‌گوید اب مستقل است و روایاتی که می‌گوید پدر حقّ فسخ دارد، که به همه عمل می‌کنیم به این صورت که هر یک از پدر و دختر در انجام عقد سبقت بگیرد، کار او صحیح است و همچنین اگر پدر کار دختر را نقض کند، صحیح است. و آقای حکیم می‌گوید چه مانعی دارد که به سراغ این جمع برویم.

جواب: ۱- لم یقل به احد بخصوص که روایات حق فسخ بین اصحاب معرض عنها است.

۲- این کار با متن روایات نمی‌سازد چون طایفهٔ اوّل و دوّم روایات، در مقابل هم هستند، زیرا چهار روایت از روایات طایفهٔ ثانیه «لیس لها مع أبیها امرٌ»

دارد (با وجود پدر، دختر استقلال ندارد) و این تعبیر با جمع آقای حکیم سازگاری ندارد، زیرا جمع باید دلالی باشد و عرفاً با هم بسازند، در حالی که عرف می‌گوید این دو متعارضند، پس لسان روایات، این جمع را نمی‌پذیرد و جمع تبرعی است نه جمع عرفی.

۲- جمع مرحوم شهید ثانی در مسالک

«۲» ایشان می‌گویند: طایفهٔ دوّم را که می‌گوید دختر نباید در مقابل پدر تصمیم بگیرد حمل بر کراهت می‌کنیم (کراهت دارد که استقلال به رأی داشته باشد) و دختر باید احترام پدر را نگه دارد اما جایز است که دختر خود تصمیم بگیرد (قول اوّل) و اگر در حدیث حمل بر بطلان شده حمل بر مبالغه می‌کنیم. این جمع نیز با لحن روایات سازگار نیست چون یک طایفه از روایات می‌گوید دختر بدون اذن پدر عقد کرده و عقد او صحیح است و طایفهٔ دیگر می‌گوید پدر بدون اذن دختر عقد کرده و عقد پدر صحیح است، این دو طایفه قابل جمع نیست، زیرا نمی‌گوید دختر باید احترام پدر را نگه دارد و از او اجازه بگیرد، پس این جمع تبرعی است و جمع عرفی ندارد.

نتیجه: باید سراغ مرجّحات برویم که مرجّحات هم قول اوّل را ترجیح می‌دهد.

بقی هنا امورٌ:

الامر الاوّل: عنوان ثانوی

اشاره

آنچه تا بحال گفتیم از نظر عنوان اوّلی بود که به حسب عنوان اوّلی باکرهٔ رشیده مستقلّ است و اذن پدر شرط نیست.

امّا از نظر عنوان ثانوی اگر در زمان ما اجازهٔ استقلال دهیم آیا می‌توانیم لوازم آن را پاسخگو باشیم؟

مرحوم صاحب جواهر متوجّه این مسأله بوده است و لذا گفته مستحب است دختر استقلال به رأی نکند و ممکن است در بعضی از شرایط حتّی استقلال به رأی دختر، حرام باشد «۳».

در اینجا می‌گوئیم شرایط زمان ما و عناوین ثانویه می‌گوید استقلال باکرهٔ رشیده مشکلات عمده‌ای ایجاد می‌کند و لذا لازم است که تشریک قائل شویم.

توضیح ذلک: در زمان ما سنّ ازدواج بالا رفته است که‌علّت اوّل آن تحصیلات عالیه است. علّت دوم‌سختگیری‌ها و توقّعات زیادی

که در بين مردم پيدا شده و تشريفات و زرق و برقها زياد شده است.

علّت سوم‌عوامل تحريک جنسى زياد شده و تقاضاى ازدواج موقّت افزايش يافته است، در حالى که اين افراد با اذن پدر مواجه مى‌شوند و هيچ پدرى اجازه نمى‌دهد. حال اگر اذن ولى را شرط ندانيم موقّتاً اين مشکل حل مى‌شود ولى اين حلّال مشکلات نيست، چرا که خودش مشکلات ديگرى را بدنبال خواهد داشت.

۱۳ ادامهٔ مسئلهٔ ۲ ... ۵/ ۷/ ۷۹

مشاكل استقلال باكره در متعه:

اگر فرض کنيم بر اساس قواعد فقهيّه به قول اوّل (استقلال باكره) فتوى دهيم چه مشکلاتى پيدا خواهد شد؟ پنج مشکل قابل تصور است:

مشکل اوّل: اگر ازدواج موقّت مربوط به غير باكره باشد بحث ديگرى است امّا اگر در مورد باكرهٔ رشيده باشد اوّلين مشکل اين است که قواى شهويّه قابل کنترل نيست (در شهوت ۲۳ عقل از کار مى‌افتد) مخصوصاً جوان با آن شرايط خاصّى که دارد نتيجه‌اش ذهاب البکارة و فرزندان ناخواسته و ... است که مشکلات عديده‌اى را به بار خواهد آورد.

---

(۱) مستمسک، ج ۱۴، ص ۴۴۵- ۴۴۶- ۴۴۷.

(۲) ج ۱، ص ۴۵۰.

(۳) ج ۲۹، ص ۱۸۳.

مشکل دوّم: اگر فتح اين باب شود ممکن است اين بنت هرچند وقتى، به نکاح اين و آن درآيد و چنين نيست که در تمام مدّت با يک نفر باشد و مسلّماً نکاح موقّت متعدّد خواهد بود و اين تعدّد، آيندهٔ نکاح دائم دختر را به خطر مى‌اندازد چون وقتى شخصى مى‌داند که اين بنت با افراد مختلف بوده، ديگر رغبتى به او پيدا نمى‌کند و از زنان بيوه هم بدتر است، چون همسران متعدد داشته است، پس خيلى از دختران آينده‌شان به خطر مى‌افتد اگر چه مشکل امروزشان حل مى‌شود.

مشکل سوّم: اگر دختر در چند مورد به عقد متعه درآمد و سپس همسر دائمى اختيار کرد، اگر اين همسر دائم از بقيهٔ همسران قبلى بهتر باشد بحثى نيست؛ ولى اگر بدتر باشد ديگر علاقه‌اى به اين همسر دائم ندارد چون قبل از اين همسر، ديگران را ديده است، اين امر موجب مى‌شود که در آينده چه بسا اين ازدواج نيز به طلاق کشيده شود.

مشکل چهارم: چه بسا بعد از اين که همسر دائم پيدا کرد نتواند قطع علاقهٔ مطلق از گذشته پيدا کند و ممکن است مخفيانه روابطى برقرار شود که کانون خانواده به خطر بيافتد.

مشکل پنجم: اگر فتح اين باب شود که دختران بدون اذن پدر نکاح موقّت داشته باشند چگونه مى‌توان جلوى سوء استفادهٔ افراد بى‌بند و بار و اراذل را گرفت، در حالى که دختران و پسران مى‌توانند روابط متعدّدى داشته باشند و تحت اين عنوان حلال، حرام‌هاى متعدّدى انجام دهند، چون در جائى ثبت نمى‌شود.

ممکن است کسى از دور بگويد: «بگذاريد اذن پدر نباشد و جوانان از راه حلال با هم باشند تا در حرام نيافتند» ولى وقتى از نزديک نگاه مى‌کنيم مى‌بينيم چه مشکلات عديده‌اى پيش مى‌آيد و شايد به همين دليل است که روايات متعددى از متعهٔ باکره، بدون اذن پدر، منع کرده است و اين روايات متضافر هستند.

...* عن عبد الملك بن عمرو، قال: سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن المتعة، فقال: انّ أمرها شديد فاتّقوا الابكار «۱».

...* عن جميل بن صالح، عن ابى بكر الحضرمى قال: قال أبو عبد اللّه عليه السلام: يا ابا بكر اياكم و الابكار أن تُزوّجوهنّ متعة «۲».

...* عن ابى مريم، عن ابى عبد اللّه عليه السلام قال العذراء

(اى الابكار)

التى لها اب لا تزوَّجُ متعة الّا باذن أبيها. «۳»

...* عن المهلّب الدّلال انّه كتب الى ابى الحسن عليه السلام

(الكاظم؛ أبا الحسن الرضا)

انّ امرأة كانت معى فى الدار، ثم انّها زوّجتنى نفسها

(قرائن نشان می‌دهد که بکر بوده است)،

و اشهدت اللّه و ملائكته على ذلك، ثم انّ اباها زوجها من رجل آخر، فما تقول؟ فكتب عليه السلام التزويج الدائم لا يكون الّا بولى و شاهدين و لا يكون تزويج متعة ببكر، استر على نفسك و اكتم رحمك اللّه.

(نکاح تو اگر متعه باشد به باکره جایز نیست و اگر دائم باشد، ولیّ و دو شاهدت کجاست؟) «۴»

جمع این روایات چهارگانه، با روایات گذشته که بدون اذن پدر اجازه می‌داد، حمل این روایات بر کراهت است؛ ولی از مجموع روایات معلوم می‌شود که تزویج ابکار در آن زمان هم مکروه بوده و مشکل داشته و حال آنکه در زمان ما مشکلات بیشتر و شدیدتر است به طوری که بعضی‌ها که فتوا به جواز داده بودند بعد از دیدن لوازم آن، فتوای خود را عوض کردند.

ان قلت: اگر اشخاصی باشند که در مورد آنها این مفاسد پیش نیاید، مثلًا شخص باتقواست و آینده‌اش به خطر نمی‌افتد، در این صورت چطور؟ آیا می‌شود به او اجازه داد؟

قلنا: قانون موردی نمی‌شود و حاکم شرع موردی جواب نمی‌دهد، چون هر شخصی می گوید من هم، همان شرایط را دارم و من هم باید استثنا شوم، پس قانون برای همه یکسان است.

ان قلت: مشکلات جوانان را چه‌کار کنیم؟ چون راه متعه هم بسته شد، در اینجا جز این که افراد به گناه بیافتند راهی نیست.

قلنا: نه راه متعهٔ ابکار راه خوبی است و نه اینکه بگوئیم شما آلودهٔ گناه شوید بلکه راه سوّمی وجود دارد و آن اصلاح وضع نکاح دائم است که مشکلات را از سر راه ازدواج دائم برداریم و شرایط ازدواج را فراهم کنیم و اگر نکاح مثل نکاح زمان پیامبر صلى الله عليه و آله ساده و آسان شود (مهریه کم، شرایط سهل و) ... مشکل حل می‌شود و از آن طرف اسباب تحریکات را هم به حدّ اقل برسانیم. به عبارت دیگر نمی‌شود ما اسباب تحریک را اجازه بدهیم و مشکلات ازدواج را زیاد کنیم بعد بگوئیم برای جلوگیری از به گناه افتادن جوانان چه‌کار کنیم؟ این، عملی نیست.

۱۴ ادامهٔ مسئلهٔ ۲ ... ۶/ ۷/ ۷۹

مرحوم صاحب جواهر هم در اینجا جمله‌ای دارد که به حکم ثانوی در اثر عوارض اشاره دارد:

نعم يستحبّ لها

(باکرهٔ رشیده)

ايثار اختيار وليها على اختيارها، بل يكره لها الاستبداد

(پیشی گرفتن)

كما انّه يكره لِمَن

(۱) ح ۱۴، باب ۱۱ از ابواب متعه.

(۲) ح ۱۳، باب ۱۱ از ابواب متعه.

(۳) ح ۱۲، باب ۱۱ از ابواب متعه.

(۴) ح ۱۱، باب ۱۱ از ابواب متعه.

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۱۸

یُرِیدُ نکاحها فعله بدون اذن ولیّها، بل ربّما یحرم بالعوارض «۱».

منظور از عوارض همان عنوان ثانوی است که البتّه در این زمان نسبت به عصر صاحب جواهر، عوارض و مشکلات بیشتر است.

تمام این حرفها در مورد متعه بود و امّا در نکاح دائم آیا اجازهٔ ولی را هم به عنوان ثانوی شرط بدانیم؟

مشاکل استقلال باکره در نکاح دائم:

تصوّر ما این است که در نکاح دائم هم، این مسأله جاری است یعنی، هم اذن ولی و هم اذن باکرهٔ رشیده را شرط بدانیم چون در اینجا هم مشکلاتی غیر از باب متعه موجود است:

۱- شکّی نیست نکاح دائم باکرهٔ رشیده، اوّلین تجربهٔ زندگی اوست و طبعاً خُبرویّت به امر نکاح ندارد، از طرفی هم نکاح دائم امر مهم و سرنوشت‌سازی است، و دختر با وجود پدر سرش کلاه می‌رود، حال اگر کار به دست خودش باشد، آیا می‌تواند سالم بماند؟ آن هم در دنیای امروز که انواع تدلیس‌ها و کلاه‌برداری‌ها وجود دارد؟ بنابراین مصلحت او ایجاب می‌کند بدون اذن ولی گام برندارد.

۲- دختر در معرض هیجان شهوت است و در معرض عشق‌های کاذب قرار می‌گیرد امّا معمولًا ولیّ اینطور نیست و می‌تواند محاسن و معایب را ببیند و تصمیم بگیرد.

۳- سلّمنا که دختر به گمان خودش خوب انتخاب کند، حال اگر بعد از ازدواج به مشکلی برخورد کرد چه کسی از او حمایت می‌کند؟

اگر به اذن ولیّ باشد همه حامی او در مشکلات هستند و اگر بدون اذن ولیّ باشد، کسی از او حمایت نمی‌کند، بنابراین برای جلب حمایت آنها هم که شده، مصلحت این است که به اذن ولیّ باشد.

۴- پدر احترام دارد (حتی به قول صاحب جواهر مستحب است از مادر هم اجازه بگیرد) و وجدان راضی نمی‌شود که در چنین مسئلهٔ سرنوشت‌سازی، بدون مشورت با آنها کاری کند و نسبت به آنها بی‌احترامی کند. (حتّی در پسران هم این مسائل هست).

بنابراین مجموعهٔ این جهات ایجاب می‌کند که بدون اذن ولی کاری نکند و روایات هم مؤیّد این مطلب است.

۱۵ ادامهٔ مسئلهٔ ۲ ... ۹/ ۷/ ۷۹

ان قلت: بسیاری از دختران بالغهٔ رشیده هستند که عالمه و فاضله و اعلم به مسائل خودشان می‌باشند، حتّی از پدران خود بهتر تشخیص می‌دهند پس ما بیائیم این موارد را استثنا کنیم.

قلت: احکام دائر مدار افراد نیست، ملاکات احکام فراگیر نیست بلکه ملاکات احکام غالب افراد را در نظر می‌گیرد؛ ولی حکم عام است، نه تنها در قوانین شرع بلکه قوانین عرفی و اجتماعی هم همین گونه است و در این موارد نیز استثنا نمی‌زنند، مثلًا شارع می‌گوید:

زنان باید عدّه نگه دارند حتّی زن عقیم؛ وقتی طلاق می‌گیرد، اگر یائسه نباشد باید عدّه نگه دارد، حال اگر بناء باشد استثنا بخورد

هر کسی خود را مصداق این قانون می‌داند، در ما نحن فیه هم در صورت استثناء، تمام دختران می‌گویند ما از پدرمان عالم‌تر هستیم، خصوصاً در زمان ما، که جوانان خود را عاقل‌تر و عالم‌تر می‌دانند.

شیرازی، ناصر مکارم، کتاب النكاح (مکارم)، ۶ جلد، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۲۴ ه ق کتاب النكاح (مکارم)؛ ج۲، ص: ۱۸

پس در این موارد استثنا نمی‌زنند، چون امکان دارد اصل قانون به خطر بیافتد.

ان قلت: چگونه در مورد یتیم می‌گوئیم بدون اذن پدر جایز است، در حالی که تمام این مفاسد در مورد او هم وجود دارد؟

قلنا: ما در مورد یتیمه هم اجازه نمی‌دهیم و گفته‌ایم با افراد بزرگ‌تر و فهمیده‌تر فامیل مشورت کند، اگر هم کسی نبود با حاکم شرع مشورت کند که «ولیّ من لا ولیّ له» است.

ان قلت: بین این عناوین ثانویه و استحسان‌های اهل سنت که علمای شیعه آن را نمی‌پذیرند، چه فرقی است؟

قلنا: آن چه که مقبول نیست، استحسانات ظنّیه است، امّا اگر مسائل قطعیّهٔ مسلّمه به میان آمد، استحسان نیست و ما به آن فتوی می‌دهیم، مثل حکم میرزای شیرازی در مورد تحریم تنباکو و مسئلهٔ اضطرار به اکل میته، و در ما نحن فیه آنچه که در مورد مشکلات استقلال بنت در نکاح دائم و موقّت گفتیم، قطعی است و ظنّی نیست که استحسان باشد.

نتیجه: عنوان اوّلی چه در متعه و چه در نکاح دائم استقلال بنت است؛ ولی با توجّه به عناوین ثانویه، یا به قطع می‌گوئیم اذن ولیّ لازم است یا به صورت احتیاط واجب می‌گوئیم که نظر ولیّ را هم جلب کند.

الامر الثانی: تفصیل بین نكاح دائم و متعه

مرحوم محقّق تفصیلی بین نکاح دائم و متعه (در قول چهارم و پنجم) نقل کرده که قائلش معلوم نیست. به این بیان که گفته‌اند: در نکاح دائم مستقل، و در متعه اذن ولیّ لازم است.

امّا قائل عکس این مطلب (اذن در نکاح دائم و استقلال در متعه) شیخ طوسی در تهذیب و استبصار است؛ ولی در کتابهای دیگرش

---

(۱) ج ۲۹، ص ۱۸۳.

کتاب النكاح (مکارم)، ج۲، ص: ۱۹

این فتوی را نداده است.

دلیل تفصیل اوّل:

اطلاقات استقلال در طایفهٔ اولی منصرف به دائم است و در متعه دلیل بر استقلال نداریم، بلکه روایاتی داشتیم که می‌فرمود: «لا یجوز الّا باذن ولیها».

...* عن ابی مریم، عن ابی عبد اللّه علیه السلام قال: العذراء التی لها أب لا تزوّج متعهً إلّا بإذن أبیها. «۱»

...* عن احمد بن محمّد بن ابی نصر البزنطی عن الرضا علیه السلام قال:

البکر لا تتزوّج متعهً إلّا باذن أبیها «۲»

. ظاهراً منحصر به این دو صحیحه هم نیست.

دلیل تفصیل دوّم:

احادیثی داشتیم (طایفه دوم) که می گفت

«لا یجوز الا باذن أبیها»

که می گوئیم اینها منصرف به عقد دائم است پس عقد دائم اجازه می‌خواهد و امّا متعه اجازه نمی‌خواهد.

...* عن الحلبی قال: سألته عن التمتّع من البکر اذا کانت بین ابویها بلا اذن ابویها، قال: لا بأس ما لم یقتضّ «... ۳»

(در صورتی که مسئلهٔ بکارت محفوظ باشد اشکال ندارد).

...* عن ابی سعید قال: سئل أبو عبد الله عن التّمتّع من الابکار اللواتی بین الابوین، فقال: لا بأس «... ۴»

نتیجه این که روایاتی که اذن اب را مطلقاً شرط می‌دانست منصرف است به دائم و این دو روایت (که منحصر به این دو هم نیست) دلیل بر استقلال بنت است در خصوص متعه.

جواب از قول به تفصیل (قول چهارم و پنجم):

همهٔ احادیث را باید در کنار هم گذاشت و به قرینهٔ یکدیگر آنها را تفسیر کرد. احادیث متعه تعارض دارند بعضی اذن اب را شرط می کرد و بعضی شرط نمی کرد که جمعش به این بود که استقلال هست ولی مع الکراهة این جمع دلالی است که در اصول به آن جمع ظاهر و اظهر (نصّ و ظاهر) می گویند، این قسم جمع در تمامی ابواب فقه وجود دارد. آنکه می گوید «لا بأس» نص در جواز است و قابل حمل بر چیزی نیست، ولی «لا ـ یجوز» دو معنی دارد: حرمت و کراهت، ظاهرش حرمت است ولی احتمال کراهت هم هست. پس بین نص و ظاهر جمع می کنیم و نتیجه‌اش کراهت است.

نتیجه: عنوان اوّلی در متعه کراهت است؛ ولی در عقد دائم (که روایت ناهیه و آمره داشت و دیدیم قابل جمع نبود) ما روایات استقلال را به جهاتی ترجیح دادیم، پس تفصیلی بین متعه و نکاح دائم نیست، منتهی این به عنوان اولی بود.

۱۶ ادامهٔ مسئلهٔ ۲ ... ۱۱/ ۷/ ۷۹

الامر الثالث: با فرض شرط اذن ولی در نکاح بالغهٔ رشیدهٔ باکره، در مسأله دو استثناء وجود دارد:

استثناء اوّل: جائی که بالغهٔ باکرهٔ رشیده کفوی برای خودش انتخاب کند

اشاره

که هم شرعاً کفو او باشد (مسلمان باشد) هم عرفاً (تناسب عرفی داشته باشد)، اگر ولی مخالفت کند اذن او ساقط است و دختر می‌تواند مستقلًا تصمیم بگیرد.

آیا روایات خاصی داریم که این استثنا را ثابت کند؟ در احادیث ما حتّی یک مورد هم دیده نمی‌شود که اگر ولی با کفو مخالفت کند تکلیف چیست؟ پس دست ما از روایت خالی است تنها دلایلی که برای این مسأله آورده‌اند سه چیز است:

ادلّه:

۱ــ اجماع:

از نظر اقوال بسیاری ادّعای اجماع کرده‌اند که اگر ولی با کفو مخالفت کند اذنش ساقط است. صاحب جواهر ادعای اجماع می کند و آقای حکیم در مستمسک از عدّه‌ای از فحول فقهاء مثل تذکرهٔ، قواعد، جامع المقاصد، مسالک و کشف اللّثام نقل اجماع می کند و نقل خلافی هم از کسی ندیده، پس مسأله از نظر اقوال علما مسلّم است و چون حدیث و مدرک خاصی نداریم، پس اجماع مدرکی نیست.

۲- آیهٔ «فَلا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْواجَهُنَّ إِذا تَراضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ » «... ۵»

می‌فرماید بعد از اتمام عدّه، مانع از آن نشوید که این زنان ازدواج کنند. اطلاق آیه شامل جائی که زن ازدواج کرده و عدّه هم به او واجب شده؛ ولی باکره است، (چون دخول غیر متعارف صورت گرفته) می‌شود، بنابراین اطلاق آیه شامل ما نحن فیه هم می‌شود.

۳- قاعدهٔ عسر و حرج:

چون اگر بنا باشد ولی با کفو مخالفت کند بالغهٔ باکره به حَرَج می‌افتد.

---

(۱) ح ۱۲، باب ۱۱ از ابواب متعه.

(۲) ح ۵، باب ۱۱ از ابواب متعه.

(۳) ح ۹، باب ۱۱ از ابواب متعه.

(۴) ح ۶، باب ۱۱ از ابواب متعه.

(۵) آیهٔ ۲۳۲ سورهٔ بقره.

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۲۰

جواب از استدلالات سه‌گانه:

این استدلالات هم قابل نقد و ایراد است:

امّا اجماع: ممکن است به خاطر دو دلیل دیگر (آیه و قاعده) باشد و اگر چه مسأله نصّ خاصّی ندارد؛ ولی ممکن است، قواعد کلیه مورد استناد باشد، بنابراین اجماع مدرکی خواهد بود، بله اجماع به این محکمی که هیچ مخالفی ندارد ممکن است دل انسان را گرم کند که فتوا دهد؛ ولی باید دلایل دیگر را هم در نظر گرفت.

امّا آیه: چند اشکال متوجه اوست:

اوّلًا: ما اطلاق آیه را که شامل دخول غیر متعارفی را که بکارت هم محفوظ است، بود، منکر شدیم، چون فرد نادر را می‌گوید که منحصر است در فرد غیر متعارف.

ثانیاً: «فَلا تَعْضُلُوهُنَّ» به معنی منع است یعنی فلا تمنعوهنّ، مخاطب با تعضلوهنّ کیست؟ بعضی می‌گویند مخاطب «اولیاء» هستند که اگر چنین باشد خوب است و قابل استناد، امّا اگر مخاطب «شوهران سابق» باشند به درد استدلال نمی‌خورد.

ثالثاً: مراد از «ازواجهنّ» چه کسی است؟ شوهران جدید یا شوهران سابق، اگر منظور شوهران جدید باشد، خوب است؛ ولی اگر شوهران سابق باشد، به درد استدلال نمی‌خورد.

«فَإِذا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ» یعنی روزهای آخر عدّه است، می‌خواهند آشتی کنند، پس آیه ابهامات زیادی دارد و با این همه ابهامات اگر بخواهیم به آن استدلال کنیم مشکل است.

امّا قاعده: در این قاعده، مراد حرج شخصی است نه نوعی، مثلًا تابستان است و هوا داغ، و روزه برای نوع مردم مشکل است ولی کسی که گرما در او اثری ندارد، باید روزه بگیرد، ولی اگر مراد حرج نوعی باشد، او هم نباید روزه بگیرد؛ حال در ما نحن فیه آیا هر باکره‌ای که خواستگاری برای او آمد و با کفو او ممانعت شد به حرج می‌افتد؟ خیر، همه اینطور نیستند، بلکه در بعضی موارد است که حرج پیش می‌آید. مثلًا کسی شانس آخرش باشد که اگر آن را رد کند به حرج می‌افتد. پس این دلیل هم به موارد خاص محدود و مقیّد شد و لذا به درد نمی‌خورد چون عسر و حرج شخصی است.

دو دلیل دیگر:

اشاره

ما معتقدیم که دو دلیل دیگر بهتر از این سه دلیل می‌توان آورد، که شاید مجمعین هم نظرشان به همین‌ها بوده است:

۱- مصلحت مولّی علیه:

ولیّ را برای چه قرار داده‌اند، برای مصلحت خودش و یا برای مولّی علیه؟ بدون شک معنای ولایت دفاع از حق مولّی علیه است، پس مصلحت اوست نه مصلحت ولیّ و تعبیراتی که در بعضی روایات است (فرزند و آنچه در دست اوست برای ولیّ است) تعبیرات اخلاقی و بیان استحباب است، پس با ولایت تعارض ندارد، چون ولایت عبارت است از رعایت مصلحت مولّی علیه. در ما نحن فیه اگر کفوی پیدا شد و ولی مخالفت کرد، خلاف مصلحت مولّی علیه و خلاف ماهیت ولایت است، پس اطلاقات ولایت شامل موردی که پدر مصلحت دختر را در نظر نمی‌گیرد نیست. به عبارت دیگر یا مادهٔ ولایت اینجا را نمی‌گیرد و یا اطلاقات ولایت در اینجا انصراف دارد.

۲- خیانت در حقّ مولی علیه:

اگر کفوی پیدا شد و ولی مخالفت کرد، این کار ولی خیانت است، و هر ولیّ که خیانت کند ولایتش ساقط می‌شود مثل وکیل یا وصیّ خائن.

بقی هنا شیءٌ: کفو شرعی و عرفی چیست؟

«کفو شرعی» یعنی مسلمان باشد و «کفو عرفی» یعنی این دو از نظر عرف متناسب هم باشند که این تناسب از جهات مختلف است:

۱- از نظر سن و سال.

۲- از نظر سواد و معلومات.

۳- از نظر دیانت.

۴- از نظر سلامت جسم.

۵- از نظر وضع زندگی مادی.

البته این تناسب منحصر در این پنج مورد نیست.

تذکر: در ازدواج سنّی با دختر شیعه، اگر احتمال دهیم مذهب او به خطر می‌افتد شرعاً کفو به حساب نمی‌آید، در ضمن برای جلوگیری از اشتباه در باب کفو عرفی باید گفت، اگر باکرهٔ رشیده در تمام موارد راضی به ایثار شود و ولیّ هم اجازه بدهد عقد صحیح است و اشکالی ندارد، بحث ما در صحّت و عدم صحّت نیست که بگویند اسلام نظام طبقاتی آورده بلکه بحث در این است که استثنا از اذن ولیّ در کجا است؟

۱۷ ادامهٔ مسئلهٔ ۲ ... ۱۲/ ۷/ ۷۹

فرع: «لو اختارت البنت شخصاً و الولی آخر و کل منهما کفوٌ»

«۱»

(۱) جواهر، ج ۲۹ ص ۱۸۵.

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۲۱

این فرع در تحریر الوسیله نیست؛ ولی مرحوم صاحب جواهر این فرع را دارد. اگر تعارض شد بین اختیار ولیّ و اختیار بنت، اختیار کدام مقدم است؟ به تعبیر دیگر آیا اذن ولیّ در اینجا هم ساقط است چون مانع کفو شده است؟

در اینجا مابین فقها اختلاف شده، مرحوم شهید ثانی در مسالک می‌گوید: مختار دختر مقدم است «۱»، و صاحب جواهر می گوید: مختار پدر مقدم است.

قلنا: در اینجا نه آیه‌ای داریم و نه روایتی، پس باید به سراغ ریشهٔ مسأله برویم و با توجه به آن مشکل را حل کنیم. دلیلی که در استثنا از اذن ولی آوردیم، حقیقت ولایت بود، که رعایت مصلحت مولّی علیه است، پس اگر غیر مصلحت عمل کند خیانت کرده است، اگر طبق این مبنا باشد حق با شهید ثانی است به علت اینکه هر دو کفو هستند منتهی یکی مورد علاقه‌اش است و دیگری مورد علاقه‌اش نیست و با او نمی‌تواند زندگی کند، آیا مصلحت دختر این است که کسی را به او تحمیل کنند که مورد علاقه‌اش نیست یا آن کسی که مورد علاقه اوست، پیشنهاد کنند؟ چون هدف از ازدواج ایجاد آرامش و آسایش است و اگر دیگری به او تحمیل شود، خلاف مصلحت است، بنابراین ولایت ولی ساقط می‌شود. پس در اینجا مصلحت وابسته به دو چیز است یکی کفو بودن و دیگری مورد علاقه بودن، پس با همان دلیلی که اصل استثنا را حل کردیم، تعارض را هم حل می کنیم.

استثناء دوم: جائی است که ولی غایب است و نمی‌توان با او تماس گرفت

«غاب غیبةً طویلًا لا یمکن الوصول الیه او مات مع حاجة البنت الی النکاح»، در اینجا بنت چه کار کند؟

در اینجا هم غالباً گفته‌اند که «یسقط اذن الولی»، شیخ در خلاف، محدث بحرانی در حدائق، صاحب ریاض در ریاض، شیخ انصاری در رسالهٔ نکاح، که همهٔ این اقوال در مستمسک آمده است و گفته است «و یظهر من الجمیع عدم الخلاف فی ذلک» «۲».

قلنا: این مسأله هم نصّ خاصی ندارد و لذا سراغ همان قواعد و دلائل عامّه می‌رویم. در اینجا اگر بخواهیم به همان دلیل سابق استناد کنیم باز همین حرف وجود دارد به این معنی که ولی برای حفظ مصالح است و ولیّ غایب و ولیّ فوت شده نمی‌تواند حفظ مصلحت کند و لذا اذن او ساقط است.

ان قلت: آیا احتیاج به اذن حاکم دارد؟

قلنا: اگر نمی‌تواند تشخیص کفو دهد، ممکن است بگوئیم اذن حاکم لازم است «لانه ولی من لا ولی له» ولی اگر خودش کفو را تشخیص می‌دهد و احتیاج به نکاح هم دارد، حاکم هم نمی‌تواند مخالفت کند، چون ولایت حاکم هم، حفظ مصلحت است، پس در این صورت هم اذن حاکم شرع لازم نیست.

الامر الرابع: در تحریر از این امر بحثی نشده است ولی در کتب دیگر بحث شده است و آن حکم ثیّبه است که «لا یحتاج الی اذن الولی».

اشاره

در اینجا دو بحث داریم:

۱- حکمی: چرا ثیّب نیاز به اذن ولی ندارد.

۲- موضوعی: ثیب چه کسی است؟

۱- حکمی: از نظر حکم مسأله تقریباً مسلّم است،

اشاره

بسیاری در این مسأله فتوا داده‌اند و عدّه‌ای هم ادّعای اجماع کرده‌اند و فقط ابن ابی عقیل مخالف است که در ثیّب هم اذن ولی را لازم دانسته است.
بنابراین می‌توان گفت به حسب اقوال مسأله اجماعی است. حال آیا این اجماع بدرد می‌خورد یا نه؟ مسئلهٔ دیگری است.

دلیل: روایات

اشاره

دلیل مهم روایات است که هم در منابع شیعه و هم در منابع اهل سنت موجود است و روایات به قدری زیاد است که صاحب جواهر می گوید «کادت تکون متواترهٔ» «۳».
روایاتی که در باب ثیّبه وارد شده است سه طایفه است:

طایفهٔ اوّل: ثیّب مطلقاً اذن نمی‌خواهد

این روایات بعضی دارای سند ضعیف است ولی چون بعضی صحیحه و معمول بها و متضافر هستند، نیاز نیست که از سند آنها بحث شود.
...* عن الحلبی عن ابی عبد اللّه علیه السلام: سألته عن البکر اذا بلغت مبلغ النساء أ لها مع أبیها امرٌ؟ فقال: لیس لها مع أبیها امرٌ ما لم تثیّب «۴».
در اینجا شاهد در
«ما لم ثیّب»
است و این حدیث از احادیث صحیحه است.
...* عن عبد الرّحمن بن ابی عبد اللّه قال: سألت أبا عبد اللّه عن الثّیّب تخطب
(خواستگاری می کند یا می‌پذیرد خواستگار را)
الی نفسها؟ قال: نعم هی املک بنفسها تولّی أمرها من شاءت اذا کانت قد

---

(۱) مسالک، ج ۷، ص ۱۴۲.
(۲) مستمسک، ج ۱۴، ص ۴۴۹.
(۳) جواهر، ج ۲۹، ص ۱۸۵.
(۴) ح ۱۱، باب ۳ از ابواب عقد نکاح.

تزوّجت زوجاً قبله «۱»

....* عن عبید بن زراره، عن أبی عبد الله علیه السلام فی حدیث قال:

لا تستأمر الجاریهٔ فی ذلک اذا کانت بین ابویها

(اجازه‌ای از دختر نمی گیریم)

فاذا کانت ثیباً فهی اولی بنفسها. «۲»

دو روایت دیگر هم که از طریق عامّه می‌باشد به این روایات اضافه می کنیم:

...* عن ابن عباس، عن النبی صلی الله علیه و آله، إنّه قال: لیس للولی مع الثیّب امرٌ. «۳»

...* عن ابن عباس قال رسول اللّه صلی الله علیه و آله الایِّمُ

(به معنی ثیب است به قرینهٔ ذیل حدیث)

احقّ بنفسها من ولیّها و البکرُ تستأذن فی نفسها «۴»

طایفهٔ دوّم: اگر ثیّب کفو اختیار کند، اذن ولی نمی‌خواهد

اشاره

...* عن عبد الخالق قال: سألت أبا عبد الله علیه السلام عن المرأهٔ الثیب تخطب الی نفسها قال: هی املک بنفسها تولّی من شاءت اذا کان کفواً

(لا بد مفهومش این است که اگر کفو نباشد استقلال ندارد)

بعد أن تکون قد نکحت زوجاً قبل ذلک. «۵»

...* عن الحلبی، عن ابی عبد اللّه علیه السلام: انه قال فی المرأهٔ الثّیب تخطب الی نفسها، قال: هی املک بنفسها، تولّی امرها من شاءت اذا کان کفواً بعد أن تکون قد نکحت رجلا قبله. «۶»

این حدیث چند سند دارد و لذا می‌شود آن را سه روایت بدانیم (سه راوی مختلف عبد الله، حسن، حلبی) که بعضی از اسناد هم قطعاً معتبر و صحیح است.

۱۸ ادامهٔ مسئلهٔ ۲ ... ۱۳/ ۷/ ۷۹

جمع بین روایات دو طایفه:

مطلقات می گفت ثیب در نکاح آزاد است و مقیّدات می گفت، در جائی که کفو باشد اذن ولی نمی‌خواهد (که شبیه بکر است)، این دو دسته روایات را چگونه جمع کنیم؟

جمع اوّل: حمل مطلق بر مقید می‌کنیم یعنی عنوان اوّلی تقیید است و منظور از مطلقات هم آنجائی است که کفو باشد.

جواب: این جمع درست نیست، چوناوّلّابکر و ثیّب از نظر حکم یکی می‌شود وثانیاًکسی چنین فتوائی نداده است. پس باید این جمع را رها کنیم.

با توجّه به اینکه کسی به این روایات فتوی نداده؛ ولی می‌خواهیم تا حدّ امکان، بین اخبار جمع کنیم، دو طریق جمع دیگر هم بین این دو طایفه بیان می کنیم.

جمع دوم: حمل بر استحباب کنیم به این معنی که استقلالش در جائی است که کفو باشد و مستحبّ است در غیر کفو، اجازه بگیرد.

جمع سوم:

«اذا کان کفواً»

اشاره به این است که ثیّبهٔ رشیده باشد چون رشیده غالباً کفو انتخاب می کند.

طایفهٔ سوّم: روایات معارضه

احادیثی که صریحاً در ثیّب می گوید اذن ولی شرط است مثل بکر، و این احادیث با روایات قبلی معارض هستند. در اینجا دو حدیث بیشتر نداریم که هر دو ضعیف هستند:

* و عنه عن سعید بن اسماعیل، عن أبیه، قال: سألت الرّضا علیه السلام عن رجلٍ تزوّج ببکرٍ أو ثیّب لا یعلم ابوها

(منظور از علمِ پدر، تقدّم اجازه است)

و لا احد من قِراباتها و لکن تجعل المرأة وکیلًا فیزوّجها من غیر علمهم، قال: لا یکون ذا. «۷»

(جایز نیست نه در ثیّب و نه در بکر، به این معنی که اذن پدر شرط است).

دلالت این حدیث ظاهر است بعضی می گویند:

«ذا»

اشاره به بکر دارد؛ ولی این درست نیست و خلاف ظاهر است. پس در دلالتش نباید خدشه کرد و دلالت بر معارضه دارد؛ ولی سندش اشکال دارد چون کسی به نام «سعید بن اسماعیل» در بین رُوات نداریم و ظاهراً «سعد بن اسماعیل» است، چون این روایت از تهذیب و استبصار نقل شده است و در آنجا هم «سعد بن اسماعیل» دارد که دو نفر هستند و یکی از آن دو از اصحاب امام رضا علیه السلام است و هر دو مجهول هستند و لذا حدیث حجّت نیست.

...* عن المهلّب الدّلال

(مجهول الحال است و وثاقتش ثابت نیست)

إنّه کتب الی ابی الحسن علیه السلام انّ امرأة کانت معی فی الدار...،

فکتب علیه السلام: التزویج الدائم لا یکون الّا بولیٍّ و شاهدین و لا یکون تزویج متعهٔ ببکر «... ۸».

اگر این روایت اطلاق داشته باشد و ذیلش آن را مقیّد نکند «مرأة» هم با بکر می‌سازد و هم با ثیّب و قید متعه هم ندارد و لذا ممکن است نکاح دائم باشد.

---

(۱) ح ۱۲، باب ۳ از ابواب عقد نکاح.

(۲) ح ۱۳، باب ۳ از ابواب عقد نکاح.

(۳) مستدرک، ج ۱۴، ح ۱، باب ۳ از ابواب عقد نکاح.

(۴) سنن بیهقی، ج ۷، ص ۱۱۵ و ۱۱۹.

(۵) ح ۲، باب ۳ از ابواب عقد نکاح.

(۶) ح ۴، باب ۳ از ابواب عقد نکاح.

(۷) ح ۱۵، باب ۳ از ابواب عقد نکاح.

(۸) ح ۱۱، باب ۱۱ از ابواب متعه.

ولی دلالت قابل جواب است به این بیان که یا اذن ولی خواستن حمل بر استحباب شود بقرینهٔ «شاهدین»، چون شاهدینی که در روایت آمده مربوط به طلاق است و در نکاح دو شاهد نیاز نیست، منتهی وجود شاهدین در نکاح مستحب است یا اطلاق او را حمل به ثیب کنیم.

نتیجه: این دو حدیث از نظر سند ضعیف است و دوّمی از نظر دلالت هم قابل خدشه است و لذا در مقام تعارض نمی‌تواند معارض باشد.

۱۹ ادامهٔ مسئلهٔ ۲ ... ۱۶/ ۷/ ۷۹

۲- موضوعی:

اشاره

این مسأله یک جنبهٔ حکمی داشت که بیان شد و ما با دلایل کافی ثابت کردیم که ثیب احتیاج به اذن ولی ندارد، جنبهٔ دیگر، جنبهٔ موضوعی است. با اینکه موضوع مقدّم بر حکم است (چون موضوع شبیه علّت است و در مقام بحث ابتدا از علّت بحث می‌شود بعداً از معلول) و بایـد اوّل از آن صحبت شود؛ ولی در مقام بحث فقهی اول باید بحث حکمی کرد و بعد موضوعی، چون موضوعِ دلیل را باید در دلیل و روایت پیدا کرد.

بسیاری از روایات «ثیب» داشت، باید ببینیم معنی و مفهوم این عنوان چیست؟

اقوال:

اشاره

اقوال عامّه و خاصّه در اینجا مختلف است که مقداری از کلمات هر دو را بیان می‌کنیم.

احتمالات در مفهوم ثیّب:

چهار احتمال در مفهوم ثیّب وجود دارد:

۱- زوال عضو مخصوص (غشاء و پردهٔ مخصوص) بایّ سببٍ کان؛ و لو به یک حرکت نامناسب یا به مریضی و یا به وطی، (چه حلال و چه حرام)، در این معنی امر دائر مدار عضو مخصوص است.

۲- زوال عضو مخصوص به سبب دخول (حلالًا او حراماً) لا بأی سبب.

۳- زوال عضو مخصوص به سبب دخول حلال باشد (نکاحی و بدنبال نکاح، دخولی و بدنبال آن زوال).

۴- معیار ازدواج است و کسی که ازدواج کرده ثیب است، و کار به زوال عضو مخصوص نداریم.

کلمات علمای شیعه:

مرحوم شهید ثانی می‌فرماید:

و اعلم: انّ الثّیبوبهٔ تتحقّق بزوال البکارهٔ (معیار زوال عضو است) بوطء و غیره، و انتفاء الولایهٔ عنها مشروط بکونها بالوطء (و لو ثیبوبهٔ به زوال عضو متحقق می‌شود؛ ولی انتفاء ولایت در جائی است که زوال عضو به سبب وطی باشد، پس دو چیز را شرط می‌داند:

زوال العضو و کونها بالوطء) کما نبّه علیه فی الروایهٔ السابقهٔ فلو ذهب بغیره فهی بمنزلهٔ البکر «۱».

اشکال: در عبارت صاحب مسالک «کما نبه علیه فی الروایهٔ السابقهٔ» است که روایت سابق، روایت «سعید بن اسماعیل» «۲» است که ربطی به دخول ندارد و معلوم می‌شود اشتباه در کلام مسالک است و ظاهراً اشاره به روایت «علی بن جعفر» «۳» است، که دخول را شرط می کند.

خلاصهٔ کلام نراقی این است:

لو ذهبت بکارتها بغیر الوطی فحکمها حکم البکر للاستصحاب، ... و منه یظهر الحکم فیمن ذهبت بکارتها بالزّنا ایضا (پس ایشان سه چیز را شرط می‌داند، ۱- زائل شدن عضو. ۲- به وطی بودن. ۳- حلال بودن وطی ...) و لو تزوّجت و مات زوجها او طلّقها قبل الوطء لم تسقط الولایهٔ (بازهم باکره است و ولایت و اذن ولی هست) للاجماع و صدق الباکرهٔ و الجاریهٔ. «۴»

مرحوم سید یزدی صاحب عروهٔ احتمال چهارم را پذیرفته است و می گوید مدار تزویج است اگر ازدواج کرده، ثیّبه است و اگر ازدواج نکرده، باکره است «۵» (چه عضو باشد، چه نباشد) بنابراین هر آنچه را که مستند ادعای اجماع بر آن دارد ایشان خلاف آن را می گوید. البتّه احتمالات دیگری هم در کلام ایشان هست.

کلمات اهل سنّت:

فصل: و الثیب المعتبر نطقها هی الموطوءهٔ فی القبل سواء کان الوطء حلالًا او حراماً و هذا هو مذهب الشافعی «۶».

شافعی حکم را دائر مدار وطی می کند مگر اینکه کلام ایشان را حمل بر غالب کنیم که غالباً در اثر وطی عضو زائل می‌شود که در این صورت با کلام مسالک سازگار است. سپس از مالک و ابو حنیفه نقل می کند که وطی باید حلال باشد و اگر حرام باشد، حکم باکره را دارد

---

(۱) مسالک، ج ۷، ص ۱۴۴.

(۲) ح ۱۵، باب ۱۳ از ابواب عقد نکاح.

(۳) ح ۸، باب ۹ از ابواب عقد نکاح.

(۴) مستند، ج ۱۶، ص ۱۲۳.

(۵) عروهٔ، ج ۲، ص ۸۶۵.

(۶) مغنی ابن قدامه، ج ۷، ص ۳۸۸.

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۲۴

و اگر بدون وطی هم باشد حکم باکره را دارد. (شبیه قول نراقی).

آنچه که از مجموع اقوال عامّه و خاصّه استفاده می کنیم این است کهلم یتفقوا علی شیء واحد.

ادلّه:

۱- قول لغوی:

قول لغوی با شرایط خودش حجّت است و اینکه شیخ و بعضی از اصولیین دیگر گفتند قول لغوی حجّت نیست، نمی‌پذیریم، چون خود اینها هم در صورت اختلاف به قول لغوی مراجعه می کنند.

از کلمات اهل لغت استفاده می‌شود که «ثیّب» گاهی صفت زن است و گاهی برای مرد است ولی غالباً صفت برای زن است.

احتمـال دارد از مـادهٔ (ثَوَب) و یا (ثَیَب) گرفته شـده باشـد. راغب در مفردات می گویـد از مادهٔ (ثَوَب) است و (ثاب یثوب) به معنی (رجع یرجع) است و ثیب را ثیب می گوینـد چون ازدواج کرده و طلاـق گرفته یـا شوهرش مرده است و بازگشـته (رجع)، لـذا نتیجه می گیرندلانها رجع من الزّواج الی حالهٔ قبل الزّواج. پس معیار را ازدواج و طلاق می‌داند.

قاموس می گوید: الثّیب المرأهٔ فارقت زوجها او دُخِل بها.

صحـاح مطلبی از ابن سکّیت نقـل می کنـد و خودش چیزی نمی گویـد و ظاهراً همان را می‌پـذیرد. هو الـذی دخل بامرأهٔ و هی الّتی دخلت بها (پس هم مرد و هم زن را ثیب می گویند)

پس اقوال اهل لغت هم اختلاف دارد همان گونه که فقهاء اختلاف دارند.

۲- مفهوم عرفی:

اشاره

متبادر عرفی از باکره کسـی است که عضو مخصوص را داشته باشد، حتّی اگر ازدواج کرده باشد و حتی اگر دخول هم کرده باشد، چون در بعضـی موارد خاص، عضو مخصوص با دخول زائل نمی‌شود به این معنی که در عرف اگر آن عضو باشـد می گویند باکره است و اگر با یک جستن پاره شود می گویند بکارتش زایل شده است، پس متبادر ذهنِ عرفی این است که عضو باقی باشد یا نه.

روایات:

اشاره

تا اینجا به نتیجهٔ روشـنی نرسـیدیم ولی مدار ما در این مسأله روایات است اگر روایات نداشتیم مجبور بودیم یا قول لغوی را بپذیریم یا تبادر عرفی را.

اخبار ما می گوید کسی که ازدواج کرده ثیبه است و کسی که ازدواج نکرده، باکره است:

...* عن الحلبی، عن ابی عبـد اللّه علیه السـلام انه قـال فی المرأهٔ الثّیب تخطب الی نفسـها، قـال: هی املـک بنفسـها تولّی امرهـا من شاءت اذا کان کفواً بعد ان تکون قد نکحت رجلا قبله. «۱»

...* عن عبد الخالق قال: سألت أبا عبد اللّه علیه السلام عن المرأهٔ الثّیب تخطب الی نفسها قال: هی املک بنفسها تولّی من شاءت اذا کان کفواً بعد ان تکون قد نکحت زوجاً قبل ذلک. «۲»

(این حدیث از حیث سند ضعیف است).

...* عن عبد الرّحمن بن ابی عبد اللّه قال: سألت أبا عبد اللّه علیه السلام:

عن الثّیب تخطب الی نفسها؟ قال: نعم هی املک بنفسها تولّی امرها من شاءت اذا کان قد تزوّجت زوجاً قبله. «۳»

...* عن ابراهیم بن میمون عن ابی عبـد اللّه علیه السـلام قـال: اذا کـانت الجاریـهٔ بین ابویهـا فلیس لهـا مع ابویهـا امرٌ و اذا کـانت قد تزوجت لم یُزوّجها الّا برضا منها. «۴»

(یعنی اگر تزویج کرده، حکم باکره از بین رفته است و ثیبه است).

۲۰ ادامهٔ مسئلهٔ ۲ ... ۱۷/ ۷/ ۷۹

روایت معارض:

* علی بن جعفر فی کتابه عن اخیه موسی بن جعفر علیه السلام، قال:

سألته عن الرجل هل یصلح له ان یزوّج ابنته بغیر اذنها؟ قال: نعم لیس یکون للولد امرٌ الّا ان تکون امرأة قد دخل بها قبل ذلک فتلک لا یجوز نکاحها الّا ان تستأمر. «۵»

روایت می‌فرماید: نکاح کسی که دخول به او صورت نگرفته است بدون اذن جایز نیست. بنابراین معیار،

«قد دُخل بها قبل ذلک»

است و ظاهرش دخول مطلق است که حلالًا و حراماً، هر دو را شامل می‌شود.

مرحوم آقای خوئی در تقریراتشان برای اثبات اعتبار دخول به دو آیه از قرآن تمسّک جسته‌اند «فَجَعَلْناهُنَّ أَبْكاراً» «۶» که «هنّ» به حوریان بهشتی برمی‌گردد و دیگری آیۀ قبلی را تفسیر می‌کند «فِيهِنَّ قاصِراتُ الطَّرْفِ (زنانی که چشمشان فقط به همسرشان است) لَمْ يَطْمِثْهُنَّ إِنْسٌ قَبْلَهُمْ وَ لا جانٌّ» «۷» * آیۀ اوّل می‌گوید ابکار هستند و آیۀ

---

(۱) ح ۴، باب ۳ از ابواب عقد نکاح.

(۲) ح ۲، باب ۳ از ابواب عقد نکاح.

(۳) ح ۱۲، باب ۳ از ابواب عقد نکاح.

(۴) ح ۳، باب ۹ از ابواب عقد نکاح.

(۵) ح ۸، باب ۹ از ابواب عقد نکاح.

(۶) آیۀ ۳۶، سورۀ واقعه.

(۷) آیۀ ۵۶، سورۀ الرّحمن.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۲۵

دوم می‌گوید که هیچ جن و انسی با آنها تماس نداشته است پس ابکار زنانی هستند که کسی با آنها تماس نداشته است «طمث» در لغت به معنی خونِ عادت است ولی معنای ثانوی آن تماس جسمانی است).

این استدلال ظاهراً خوب است ولی کلام آقای خوئی یک اشکال مهم دارد و آن این که این تعبیر برای بهشت است زیرا در آنجا عقدی نیست ولی در دنیا عقد هست بنابراین نمی‌تواند دلیلی بر بحث ما باشد.

در تعارض بین این دو دسته روایت چه کنیم؟ نسبت بین این دو دسته روایات عام و خاص مطلق و یا مطلق و مقیّد نیست بلکه عموم و خصوص من وجه است، این روایت دخول را می‌گوید و فرقی نمی‌کند که نکاح باشد یا نه و روایات سابقه هم نکاح را می‌گوید چه دخول باشد، یا نباشد. بله می‌توان گفت که غالباً نکاح با دخول است و غالباً دخول حلال با نکاح است، پس بگوئیم که مراد از روایات سابقه، نکاح همراه با دخول است.

در عموم و خصوص من وجه، جمع دلالی نداریم مگر قراین خارجی قائم شود و در اینجا هم می‌گوئیم نکاح فرد غالبش دخول است و دخول هم فرد غالبش نکاح است و به این طریق جمع کنیم.

و لکن الانصاف: امر را دائر مدار نکاح کنیم یعنی بگوئیم روایت علی بن جعفر دخولی را که می‌گوید، کنایه از نکاح است (روایات قبل را ترجیح بدهیم).

نتیجه: با توجه به قرائن ذیل می‌توان گفت: معیار در معنی «ثیّب»، ازدواج است.

۱- ریشۀ لغوی ثیّب: «نکح و رجع عن نکاحه» که دخول در معنی ثیّب و ریشۀ لغوی آن نیست و رجوع با نکاح می‌سازد.

۲- فلسفۀ این حکم ظاهر است، کسی که نکاح نکرده تجربه و خبرویّت ندارد، امّا اگر نکاح کرد و جدا شد، برای بار دوم، تجربه به

دست آورده است، و دخول دخالتی در این تجربه نـدارد و آنچه دخالت دارد اصل نکاح است البتّه برای آن که اشکال استحسان پیش نیاید این را مؤید می‌دانیم نه دلیل.

۳- روایات مطلقهٔ متضافرهٔ بدون قید را نمی‌توان به روایت «علی بن جعفر» مقیّد کرد، بلکه باید روایت او را حمل بر استحباب کنیم. همانگونه که در اصول داشتیم که اگر روایات متضافر، مطلق باشند و یک روایت، مقیّد باشد، می گوئیم قید در مقامِ استحباب است و نمی‌خواهد روایات مطلق را حمل بر مقید کنیم.

ان قلت: در معنای ثیّب، دو حدیث با هم متعارض شد که هر دو صحیحه هستند (صحیحهٔ حلبی که می گوید عقد کافی است و صحیحهٔ علی بن جعفر که می گوید دخول شرط است) که هیچ کدام ترجیحی بر دیگری ندارد، چرا یکی ترجیح داده شده؟

قلت: در طرف اعتبار عقد در حدوث ثیبوبت روایت زیاد است و روایت منحصر به صحیحهٔ حلبی نیست، بلکه سه حدیث دیگر هم داریم که و لو صحیحه نیستند؛ ولی چون متضافر هستند، می‌توانند مؤید باشند، علاوه بر این قرائنی هم ذکر کردیم (مادامی که ازدواج نکرده، خبرویّت ندارد و بعد از نکاح خبرویت پیدا می کند و دخول باعث خبرویت نمی‌شود) که این قرائن همگی اعتبار عقد را تأیید می کند.

بقی هنا شیء:

سلّمنا که امر دائر مدار غشاء و عضو مخصوص باشد (اگر باقی باشد بکر است و اگر نباشد ثیب است)، این سؤال پیش می‌آید که اگر عضو مخصوص زائل شد و از طریق پیوند و جراحی آن را ترمیم کنند؛ حال آیا باز ثیبوبت می‌رود و بکر صدق می کند و در نکاح اجازهٔ پدر لازم است؟

جواب: بکارت زائل، برنمی گردد چون اطلاقات وجود آن را از اوّل می گفتند نه اینکه بعد از ازاله برگردانند، پس اطلاقات منصرف از اوست.

آیا نفس این کار جایز است؟ مثلًا کسی در اثر پریدن یا بیماری، غشائش پاره شده و برای جلوگیری از آبروریزی و مشکلات بعدی با عمل جراحی آن را ترمیم کنند.

جواب: این کار فی حدّ ذاته حرام نیست، و گاهی سبب نجات هم می‌شود، به شرط این که تدلیسی در کار نباشد؛ ولی در عین حال چون مستلزم نظر و لمس حرام است (مگر اینکه زن و شوهر باشند، و فرض ما این است که شوهر ندارد، یا این که او را به عقد متعهٔ جرّاح درآورند که این هم مشکل است، چون جراح متعدّد است و تیمی کار می کنند) منحصر به ضرورت می‌شود مثل این که شانس ازدواجش را از دست می‌دهد و در عین این که پاک است به ناپاکی متّهم می‌شود، در اینجا چون ضرورت است ما اجازه می‌دهیم.

نظر نهائی: در مسئلهٔ ثّیب اگر ما دخول و عقد را شرط کنیم بهتر و به احتیاط نزدیکتر است، چون نکاح غالباً با دخول است و دخول حلال غالباً با نکاح است.

[مسألهٔ ۳ (استقلال ولایهٔ الاب و الجد)]

اشاره

۲۱ مسألهٔ ۳ (استقلال ولایهٔ الاب و الجد ...) ۱۸/ ۷/ ۷۹

مسألهٔ ۳: ولایهٔ الجد لیست منوطهٔ بحیاهٔ الاب و لا موته، فعند وجودهما استقل کلٌّ منهما بالولایهٔ، و اذا مات احدهما اختصّت

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۲۶

بالآخر، و ایّهما سبق فی تزویج المولّی علیه عند وجودهما لم یبق محلٌ للاخر، و لو زوّج کل منهما من شخص فان علم السابق منهما فهو المقدّم و لغا الآخر و ان علم التقارن قدّم عقد الجد و لغا عقد الاب و ان جهل تاریخهما فلا یعلم السبق و اللحوق و التقارن لزم اجراء حکم العلم الاجمالی بکونها زوجهٔ لاحدهما و ان علم تاریخ احدهما دون الآخر فان کان المعلوم تاریخ عقد الجد قدّم علی عقد الاب و ان کان عقد الاب قدّم علی عقد الجد، لکن لا ینبغی ترک الاحتیاط فی هذه الصورهٔ.

مرحوم صاحب جواهر در ج ۲۹ جواهر و مرحوم شیخ در خلاف، هم این مسأله را آورده‌اند.

فروع مسأله:

اشاره

این مسأله دارای سه فرع است:

فرع اوّل: آیا ولایت اب و جد مستقل است

اشاره

(صغیر، یا صغیر و کبیر هر دو بنابر مبنائی که در مسئلهٔ ۱ و ۲ صحبت کردیم) یا ولایت جد مشروط به حیات اب است به این معنی که اگر اب زنده باشد، جد ولایت دارد و اگر اب بمیرد، ولایت جد هم ساقط می‌شود؟

مختار تحریر الوسیله و مشهور این است که نه ولایت اب مشروط به حیات جد است و نه ولایت جد مشروط به حیات اب است و هرکدام مستقلند.

اقوال:

اشاره

در این مسأله سه قول است:

۱- استقلال (قول مشهور)

۲- اشتراط ولایت جد به حیات اب (قول غیر مشهور)

۳- اشتراط ولایت جد به ممات اب، یعنی پدر بمیرد و جد جانشین او شود، (این قول را فقهاء شیعه ندارند و جواهر از بعضی از فقهاء عامه نقل می‌کند).

قول اوّل: الاستقلال

اشاره

قول اوّل آثاری دارد که در تحریر آمده است، و آن آثار عبارتند از:

۱- هرکـدام مقدّم باشد در عقد، عقد او صـحیح است. ۲- هر کدام در حیات‌شان دارای اسـتقلال هستند. ۳- اگر پدر بمیرد ولایت منحصر در جد می‌شود و برعکس.

صاحب حدائق اقوال را جمع کرده است و می‌فرماید:

هل یشترط فی ولایـهٔ الجـد حیاهٔ الأب أم لا؟ المشـهور الثانی (مسـتقل است ...) و هو ظاهر الشـیخ المفید و المرتضـی و سلّار، حیث اطلقوا الحکم بولایهٔ الجد، (چون مطلق گذاشته‌اند و مشروط نکرده‌اند دلیل بر آن است که جدّ مستقل است) و به قطع ابن ادریس و من تأخّر عنه. (از اینجا معلوم می‌شود که قائلین زیاد هسـتند) و ذهب الشـیخ فی النهایـهٔ الی انّ حیاهٔ الاب شـرط فی ولایـهٔ الجد علی البکر البالغهٔ و الصغیرهٔ و موته مسقط لولایته علیهما و نقله فی المختلف ایضاً عن ابن الجنید و ابی الصلاح و ابن البرّاج و الصدوق فی الفقیه. «۱» (از اینجا معلوم می‌شود که قائلین قول دوم هم زیاد هستند).

تعبیری هم جواهر دارد و می‌فرمایـد: بعضـی از عامه به عکس (اعتبر موت الاب فی ثبوت ولایـهٔ الجـد من العامهٔ) «۲» قائل شده‌اند و بعضی از عامّه هم چیزی شرط نمی‌کنند (لا یشترط فی ولایته بقاؤه و لا موته) «۳».

شیخ طوسی در خلاف می‌فرماید:

الـذی له الاجبـار علی النکـاح: الاب، و الجـد، (اجبار در کلمات فقهاء ما، کم است و نوعاً در کلمات عامّه است، که تعبیر خوبی هم نیست) مع وجود الاـب و إن علی، و لیس للجـد مع عـدم الاب ولایـهٔ. بعـد کلمات عامّه را نقل می‌کنـد و در کلمات عامّه کسـی که مشـروط بگویـد نیست و در آخر کلامش می‌گوید: دلیلنا: اجماع الفرقهٔ و اخبارهم. «۴» در حالی که شـهرت عکس این بود (مشهور قائـل به اسـتقلال بـود) پس چطور ادعـای اجمـاع می‌کنـد. اینکه شـیخ انصـاری فریـادش از دست اجمـاع منقول درآمـده، نمونه‌اش اینهاست که شیخ طوسی با این مقامش ادعای اجماعی می‌کند در حالی که شهرت بر خلافش است و اخباری را هم که شیخ دلیل بر اشتراط می‌گیرد فقط یک خبر است و اخبار نیست.

ادلّهٔ قول مشهور (استقلال)

اشاره

مشهور پنج دلیل اقامه کرده‌اند که قسمت عمده‌ای از آن آسیب‌پذیر و قابل نقد است.

دلیل اوّل: استصحاب

در حال حیاتِ پدر، جد ولایت دارد، بعد از مماتِ پدر، ولایت جد را استصحاب می‌کنیم.

البتّه مواردی داریم که این استصحاب جاری نمی‌شود، مانند جائی که پدر بمیرد و بچّه در شکم مادر باشد در اینجا نمی‌توان

---

(۱) ج ۲۳، ص ۲۰۲.

(۲) جواهر، ج ۲۹، ص ۱۷۱.

(۳) جواهر، ج ۲۹، ص ۱۷۲.

(۴) خلاف، ج ۴، ص ۲۶۵ و کتاب النکاح، مسئلهٔ ۱۷.

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۲۷

گفت در حیاتِ اب، جد ولایت داشته است چون چیزی نبود (موضوعی نبود) که بتوان آن را استصـحاب کرد، پس این استصحاب فراگیر نیست.

ولی این استصحاب طبق مبنای ما، اشکال دارد چون حجّیّت استصحاب مخصوص شبهات موضوعیّه است و این شبههٔ حکمیه است و جای استصحاب نیست.

دلیل دوم: روایات

۱- اطلاقات باب ۱۱:

روایات این باب می‌گفت اگر تعارض شود بین ولایت اب و جد، جد مقدّم است مفهومش این است که هر دو ولایت مستقلّه دارند چون تعارض، متفرّع بر این است که ولایت هر دو مسلّم باشد.

جواب: مورد سؤال، حیات هر دو است (چون تعارض، فرع بر حیات هر دو است) و بحث ما در جائی است که پدر بمیرد پس تمسک به اطلاقات هم مخدوش است.

۲- روایات مفسّره:

روایاتی که آیهٔ شریفهٔ ... « إِلّا أَنْ یَعْفُونَ أَوْ یَعْفُوَا الَّذِی بِیَدِهِ عُقْدَةُ النِّکاحِ «... ۱»» را تفسیر می‌کند (من الذی بیده عقدة النکاح؟).

...* عن عبد اللّه بن سنان، عن ابی عبد اللّه علیه السلام قال:

(حدیث معتبر است)

: الذی بیده عقدة النکاح هو ولی امرها. «۲»

(ولی بر اموال) چون اگر ولی امر در نکاح مراد باشد معنی ندارد و توضیح واضح است.

آیا عند موت الاب، جد ولیّ بر اموال است؟ قطعاً ولی است، حال که ولی بر اموال است؛ ولی بر نکاح هم می‌باشد. چون آیه می‌گوید ولی بر اموال ولی بر نکاح است.

...* عن البرقی او غیره

(که روایت را مرسله می‌کند و لذا سند ضعیف است)

، عن صفوان، عن عبد اللّه، عن ابی بصیر، عن ابی عبد اللّه علیه السلام قال: سألته عن الذی بیده عقدة النکاح، قال: هو الاب و الاخ و الرجل یوصی الیه، و الّذی یجوز امره فی مال المرأة فیبتاع لها و یشتری فأیّ هؤلاء عفا فقد جاز. «۳»

تعبیر

«الذی یجوز امره فی مال المرأة »...

شامل جد هم می‌شود و همه اینها «بِیَدِهِ عُقْدَةُ النِّکاحِ» هستند.

جواب: این روایت، هم سندش اشکال دارد و هم دلالتش، چون پای «اخ» در این روایت به میان آمده است، که ما اخ را ولی نمی‌دانیم مگر اینکه بگوئیم در ناحیهٔ اخ ولایت استحبابی است.

۳- روایت عبید بن زراره:

صاحب جواهر به این روایت استناد کرده است:

...* عن عبید بن زراره قال: قلت لأبی عبد اللّه علیه السلام: الجاریهٔ یرید ابوها ان یزوّجها من رجل و یرید جدها ان یزوجها من رجل آخر فقال:

الجد اولی بذلک ما لم یکن مضارّا ان لم یکن الاب زوّجها قبله، و یجوز علیها تزویج الاب و الجد. «۴»

در ذیل روایت دارد

«و یجوز علیها تزویج الاب و الجد»

که این اطلاق دارد. درست است که فرض صدر حدیث، حیات هر دو است ولی لازمهٔ آن، این نیست که ذیل اطلاق نداشته باشد و چه مانعی دارد که ذیل مطلق باشد.

امّا از نظر سند این روایت موثّق است. پس اگر اطلاق را پذیرفتیم دلیل خوبی است.

دلیل پنجم: قیاس اولویت

عنـد تعارض الاب و الجـد، جـد مقدّم است (روایات باب ۱۱)، معلوم می‌شود که ولاـیت جـد قوی‌تر است حالاـ بعـد از فوت اب به طریق اولی باید ولایتش باقی باشد چون در حیات اب، جد بر اب مقدم بوده است.

۲۲ ادامهٔ مسئلهٔ ۳ ... ۱۹/ ۷/ ۷۹

قول دوم: اشتراط ولایهٔ الجد بحیاهٔ الأب:

اشاره

تا زمانی که پدر زنده است جد ولایت دارد، پدر که از دنیا رفت، هر دو ولایت (اب و جد) باطل می‌شود.

دلیل: روایت

* و عن حمید بن زیاد، عن الحسن بن محمّد، عن جعفر بن سـماعهٔ، عن ابان عن الفضل بن عبد الملک، عن ابی عبد اللّه علیه السلام قال:

انّ الجد اذا زوّج ابنهٔ ابنه و کان ابوها حیّاً و کان الجدّ مرضیّاً

(خیانت نمی‌کند و مصلحت بنت را رعایت می‌کند)

جاز «... ۵»

هنگـامی که جـد نوه را تزویـج کنـد، بـا دو شـرط این عقـد جـایز است. شـرط اوّل حیات پـدر، و شـرط دوّم وثاقت جـد. در اصول خوانـده‌ایم که فقدان شـرط مفهوم دارد و اگر دو شـرط باشد فقدان هر کدام مفهوم دارد و حجّیّت مفهوم شـرط را همه قبول دارند (البتّه در مقام احتراز ما تمام مفاهیم را حجّت می‌دانیم و اینجا هم مقام احتراز است).

---

(۱) آیهٔ ۲۳۷ سورهٔ بقره.

(۲) ح ۲، باب ۸ از ابواب عقد نکاح.

(۳) ح ۴، باب ۸ از ابواب عقد نکاح.

(۴) ح ۲، باب ۱۱ از ابواب عقد نکاح.

(۵) ح ۴، باب ۱۱ از ابواب عقد نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۲۸

جواب: این روایت هم سندش و هم دلالتش مورد بحث است:

از نظر سـند: مرحوم محقق در متن شـرایع وقتی به اینجا می‌رسـد می‌فرمایـد: به روایتی اسـتدلال شده است که‌لا یخلو من ضعف فی

السند، بعضی از بزرگان فرموده‌اند که دلیل ضعف این سند این است که جمعی از واقفیّه در این سند هستند (واقفیّه کسانی هستند که وقفوا علی موسی بن جعفر علیه السلام) اکثر رجال این سند واقفیّه هستند اوّلی حمید بن زیاد است که واقفی است ولی ثقه است، دوّمی حسن بن محمد است، حسن بن محمد زیاد داریم ولی مراد در اینجا حسن بن محمد بن سماعه است که این هم واقفی است و لکن ثقه است، جعفر بن سماعه هم واقفی است و لکن ثقه است. ابان هم مراد ابان بن تغلب نیست بلکه به قرینهٔ راوی قبلی ابان بن عثمان است که وثاقت او را همه قبول دارند و از اصحاب اجماع و واقفی است. پس هر چهار نفر ثقه ولی واقفی هستند، آخرین نفر فضیل بن عبد الملک است که شیعه و ثقه است، حال که همهٔ اینها ثقه هستند، این حدیث موثّق است نه صحیحه، همانطوری که خیلی از بزرگان گفته‌اند، بنابراین ضعف مذهب دارد نه ضعف سند و سند روایت سالم می‌ماند.

از نظر دلالت: بعضی می گویند که همیشه ذکر شرط برای مفهوم نیست و گاهی برای بیان مصداق اخفی است و ما نحن فیه از این قبیل است، یعنی امام می‌خواهد بگوید در صورتی که جد نوه‌اش را ازدواج دهد و لو پدر هم زنده است، چون جد مرضیّ است، جایز است. پس حدیث می‌خواهد این مصداق اخفی را بیان کند خصوصاً که در مقابل قول عامّه است که می گویند تا پدر هست نوبت به جد نمی‌رسد. بنابراین این روایت مفهوم ندارد و دلالت حدیث ثابت نمی‌شود.

۲۳ ادامهٔ مسئلهٔ ۳ ... ۲۳/ ۷/ ۷۹

قول سوم: ولایت الجد مشروط بممات الاب.

گویندهٔ این سخن شافعی است:

«و لا ولایهٔ لاحد مع اب فاذا مات (الاب) فالجد ابو الأب فاذا مات فالجد ابو الجد » «... ۱» او قائل به سلسله مراتب شده: اوّل پدر، پدر که از دنیا رفت، جد و اگر او هم از دنیا رفت، پدرِ جد، و اگر همهٔ اینها از دنیا رفتند سراغ برادرها می‌روند و اگر برادرها از دنیا رفتند، نزدیکان دیگر ولایت دارند.

در بین علماء این قول، قائلی ندارد، بلکه روایات زیادی در باب ۱۱ از ابواب عقد نکاح داریم که تصریح می کنند هر دو با هم ولایت دارند، به این معنی که در حیات اب، ولایت جد نفوذ دارد.

نتیجه: نمی‌توان ولایت جد را مشروط به موت اب دانست. این مسأله اجماعی و مسلّم است و اگر فقهای عامه مثل شافعی یا ابن قدامه در مغنی ولایت جد را مشروط به موت اب کرده‌اند، ما نمی‌توانیم چون روایات متضافر داریم.

فرع دوم (از مسئلهٔ سوم تحریر):

اشاره

اگر از هر دو عقد صادر شد، یعنی: زوّجها الاب لهذا الرجل و زوجها الجد لذلک الرجل‌در اینجا دو حالت متصور است:

۱- یکی از دو عقد مقدم بر دیگری باشد:

در اینجا متقدم مؤثّر است و متأخّر تأثیری ندارد، چون مقتضای قاعده است، زیرا قاعده می گوید هر دو ولایت دارند و هر کدام پیشدستی کند همان مؤثر است و دومی زمینه ندارد، و باطل است.

علاوه بر قاعده روایات هم تصریح دارد، از جمله روایت عبید بن زراره که سند آن هم معتبر بود. «۲»

...* عن عبید ابن زرارهٔ قال: قلت لأبی عبد اللّه علیه السلام: الجاریهٔ یرید ابوها ان یزوّجها من رجل و یرید جدّها ان یزوّجها من رجل آخر، فقال:

الجدّ اولی بذلک ما لم یکن مضاراً ان لم یکن الاب زوّجها قبله «... ۳»

صریحاً می گوید هرکدام مقدّم باشد مؤثر است.

روایت دیگری هم بر این مطلب دلالت دارد که دو راوی دارد و در واقع دو روایت است، این حدیث از حدیث قبلی صریح تر است:

...* عن هشام بن سالم

(ثقه)

و محمد بن حکیم

(مجهول الحال)

، عن ابی عبد اللّه علیه السلام قال: اذا زوّج الاب و الجدّ کان التزویج للاوّل، فان کانا جمیعاً فی حالٍ واحدهٔ فالجدّ اولی. «۴»

روایات دیگری هم در همین باب ۱۱ و همچنین در مستدرک الوسائل باب ۱۰ داریم که بر همین مطلب دلالت دارد.

۲- اگر هر دو با هم (جد و اب) عقد کنند:

آیا ممکن است که هر دو با هم و همزمان عقد کنند و هیچ یک و لو یک لحظه مقدّم نباشد؟ این فرض نادر است، ولی بر فرض وقوع، از نظر اقوال ادّعای اجماع شده است که «الجدُّ اولی». از کسانی که ادّعای اجماع کرده‌اند غنیه، سرائر، انتصار سید مرتضی، خلاف و مبسوط شیخ طوسی، تذکرهٔ علامه، شرح لمعه شهید ثانی که صاحب

---

(۱) کتاب الام، ج ۵، ص ۱۴.

(۲) رجوع شود به درس ۲۱، ص ۱۸.

(۳) ح ۲، باب ۱۱ از ابواب عقد نکاح.

(۴) ح ۳، باب ۱۱ از ابواب عقد نکاح.

جواهر این اجماعات را نقل کرده است «۱».

مسأله در بین ما اجماعی است و عامّه این را نمی گویند، دلیل، دو روایت بود با صراحت می‌فرمود

«فان کانوا جمیعاً فی حال واحد فالجد اولی»

، و روایت عبید بن زرارهٔ هم موثّق بود و عبارتش این بود:

«الجد اولی بذلک ما لم یکن مضاراً»

منتهی مشکلی که این روایت دارد این است که می گوید

«الجاریهٔ یریدُ ابوها ان یزوّجها من رجل»

«یرید» یعنی می‌خواهد؛ هم پدر می‌خواهد و هم جد می‌خواهد و نمی گوید که اقدام کرده‌اند، در واقع این مسأله، مسئله‌ای است که پدر و جد با هم «تشاح» کرده‌اند (جدال و دعوا دارند) نه اینکه عقد خوانده‌اند، (عروهٔ مسئلهٔ تقارن عقدین و تشاح اب و جد را از

هم جـدا کرده است) حال وقتی عنـد التشاح جـد مقـدّم باشد در هنگامی که با هم عقد خوانده‌اند به طریق اولی (قیاس اولویّت) جد مقدّم است.

در ذیل حدیث دارد:

«ان لم یکن الاب زوّجها قبله»

مفهوم شـرط می‌گوید اگر پدر جلوتر خوانده باشد مقدّم است و اگر متقارن باشد یا جد مقدّم بخواند، جد مقدّم است. پس از صدر حدیث با قیاس اولویت و از ذیل حدیث از مفهوم قضـیهٔ شـرط، فهمیده می‌شود که جد مقدّم است. عمده در اینجا روایت اوّل است که با صراحت می‌گفت ولی روایت دوّمی با مفهوم قضیّهٔ شرطیّه دلالت می‌کرد.

در اینجا روایات دیگری هم داریم که عند التشاح جد مقدّم است.

* عبد اللّه بن جعفر فی

(قرب الاسناد)

عن عبد اللّه بن الحسن، عن علی بن جعفر، عن اخیه موسـی بن جعفر علیه السـلام قال: سألته عن رجل اتاه رجلان یخطبان ابنته فهوی ان یزوّج احدهما و هوی ابوه

(اب الاب)

الآخر، ایّهما احقّ ان ینکح؟ قال: الذی هوی الجدّ احقّ بالجاریه لأنّها و اباها للجدّ. «۲»

این مسـئلهٔ تشاح است و مسـئلهٔ تقارن نیست، مفهومش این است که اگر تقارن باشـد بطریق اولی، جـد مقـدّم است. اکنون جای این سؤال است که عنـد التشاح در صورتی که قائل شـدیم جد مقدّم است اگر پدر در اجراء عقد پیشدستی کرد، آیا حکم وضـعی دارد به این معنی که عقـد باطـل است یا حکم تکلیفی دارد به این معنی که معصـیت کرده است؟ ظاهر روایات حکم وضـعی است چون بحث صحّت و فساد عقد است.

سنـد روایت، «قرب الاسـناد» است که بعضـی از روایـات آن مخـدوش است ولی در ذیل این روایت دارد که رواه علی بن جعفر فی کتابه که کتاب علی بن جعفر در نزد صاحب وسائل بوده است و لـذا به سـندش می‌توان اعتماد کرد و دلالتش هم خوب است؛ ولی یک روایت برای تشاح داریم که ظاهرش استحباب است، و رجال سند، واقفیّه هستند:

...* عن الفضل بن عبد الملک، عن ابی عبد اللّه علیه السلام قال: انّ الجد اذا زوّج ابنهٔ ابنه و کان ابوها حیّاً و کان الجد مرضیّاً جاز، قلنا: فان هوی ابو الجاریهٔ هوی و هوی الجدّ هوی و هما سواء فی العدل و الرضی، قال: احبّ الیّ ان ترضی بقول الجد. «۳»

ظاهر تعبیر

«احبّ الیّ ان ترضی بقول الجد»

، استحباب است که در این صورت روایات دیگر را نیز حمل بر استحباب می‌کنیم.

کشف اللثام از شیخ طوسی در خلاف، از سید مرتضـی در انتصار و از بعضـی دیگر نقل اجماع بر تقـدیم اختیار جد عند التشاح و تنازع کرده است. (مرحوم آقای حکیم این مطلب را در ذیل همین مسأله در مستمسک نقل می‌کند).

جمع‌بندی:

اشاره

در جائی که تقارن باشـد و علم قطعی پیـدا کنیم قول جـد مقـدم است امّا در تشاح بهتر و مستحب این است که احترام جـد را نگه

داریم و قول او را مقدّم بداریم.

۲۴ ادامهٔ مسئلهٔ ۳ ... ۲۴/ ۷/ ۷۹

جواهر، مسالك، مستمسك و شروح عروهٔ به دنبال مسئلهٔ تشاح مسئلهٔ دیگری را مطرح کرده‌اند که اگر اب در تشاح مخالفت کرده و در خواندن عقد پیشدستی کرد (فرضاً ما قول به وجوب تقدیم جد را در مسألهٔ تشاح اختیار کرده باشیم) آیا عقد پدر صحیح است و فقط مرتکب گناه شده یا عقد باطل است؟

در این مسأله دو قول است، مرحوم شهید در مسالك می گوید:

عقد صحیح است؛ ولی مرحوم صاحب جواهر احتمال می‌دهد که عقد باطل باشد.

حل مسأله:

سرچشمهٔ این مسأله این است که آیا حکم تقدیم الجد، عند التشاح و التنازع، حکم تکلیفی است که مخالفتش گناه و عقاب داشته باشد، یا حکم وضعی است که موجب بطلان عقد شود؟

صاحب جواهر از لحن روایت استفاده حکم وضعی کرده و احتمال بطلان داده است و صاحب مسالك احتمال حکم تکلیفی داده و گفته عقد صحیح است.

---

(۱) جلد ۲۹، ص ۲۱۰.

(۲) ح ۸، باب ۱۱ از ابواب عقد نکاح.

(۳) ح ۴، باب ۱۱ از ابواب عقد نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۳۰

در این گونه مقامات امر و نهی در روایات ظهور در حکم وضعی دارد و حمل کردن بر حکم تکلیفی، خلاف ظاهر است، مثلًا در روایت:

...* « ایّهما احق ان ینکح قال الّذی هوی الجد احق بالجاریهٔ » «... ۱»

این تعبیر ظاهرش حکم وضعی است، چون تشبیه به ملك کرده بخصوص که می گوید:

«لانها و اباها للجد »...

و «مالکیّت» حکم وضعی است.

فرع سوم (از مسئلهٔ سوم تحریر):

اشاره

اگر از هر دو عقد صادر شود و مجهولی التاریخ یا معلوم احدهما باشد. مجهولی التّاریخ یعنی پدر و جد، هر یک عقدی خوانده‌اند و نمی‌دانیم کدام مقدّم است، احتمال تقدّم هر یک وجود دارد و احتمال دارد که متقارن باشند، پس در واقع سه احتمال پیدا می‌شود، همچنین ممکن است معلوم احدهما باشد که این نیز دو احتمال پیدا می کند. یا تاریخ عقد اب معلوم است، ولی عقد جدّ معلوم نیست قبل بوده یا بعد یا مقارن و یا برعکس. در اینجا پای قواعد اصولی به میان می‌آید، چون مسئلهٔ غیر منصوص است.

صورت اوّل مجهولی التاریخ:

در اینجا دو مبنا است:

مبنای اوّل: می گویند علم اجمالی داشته باشیم و مجهولی التاریخ هم باشد اصول از دو طرف جاری می‌شود و تعارضا تساقطا (اصالهٔ تأخّر حادث یا اصلِ عدم تقدم حادث) یعنی اصل این است که عقد اب حادث نشد تا زمان عقد جد و عکسش هم هست، یعنی اصل این است که عقد جد واقع نشد تا زمانی که عقد اب جاری شد، تعارضا تساقطا. این یک مبنا است که اصول در اطراف علم اجمالی جاری می‌شود و با تعارض تساقط می کند.

مبنای دوم: مبنای دیگر در اطراف علم اجمالی این است که اصلًا اصول در اطراف علم اجمالی جاری نمی‌شود به خاطر تعارض صدر و ذیل اخبار استصحاب، چون صدرش می گوید

«لا تنقض الیقین بالشک»،

پس هم عقد اب و هم عقد جد دارای استصحاب است و ذیل اخبار استصحاب می گوید

«انقضه بیقینٍ آخر»،

باید یکی را کنار بگذارد، پس عقد یکی واقع شده و نمی‌دانیم در کدامیک استصحاب جاری نمی‌شود. بنابراین صدر روایت می گوید در هر دو تا استصحاب جاری کنید چون شک است ولی ذیل می گوید که جاری نکنید.

هرکدام از این دو مبنا که باشد در نتیجه فرق نمی کند پس علم اصول در اینجا کارساز نیست‌امّا بالتعارض و التساقط و امّا بعدم جریان الاستصحاب من اول الامر.

تکلیف دختر چه می‌شود؟ کدام شوهر (انتخاب جد، انتخاب اب) شوهر این دختر است؟

برخی می گویند که قرعه می‌زنیم (صاحب جواهر و مستمسک) «القرعهٔ لکل امر مشکل او مشتبه».

جواب: طبق مبنای ما در بحث قرعه، مراد از «کل امر مشکل» جایی است که راه حلی نباشد و هرجا که راه حل باشد جای قرعه نیست، ولی در ما نحن فیه یک راه حلی دارد و آن هم این است که هر دو احتیاطاً طلاق دهند، اگر هیچ یک طلاق ندادند حاکم شرع طلاق می‌دهد، بنابراین «مشتبه و مشکل» که در بحث قرعه هست، این مورد را شامل نمی‌شود. و مادامی که طلاق نداده‌اند هیچ یک از این دو نفر نمی‌توانند مناسبات زن و شوهری با این زن داشته باشند ولی در عین حال زن شوهردار است و نمی‌تواند با دیگری ازدواج کند تا تکلیفش روشن شود.

نفقه بعهدهٔ کیست؟

۱- احتمال دارد که بگوئیم نفقه ندارد چون نفقه فرع بر تمکین است.

۲- احتمال دارد که بگوئیم هر یک نصف نفقه را بدهند، چون زن حاضر بر تمکین است و شارع به واسطهٔ علم اجمالی اجازه نمی‌دهد مثل اینکه زن در ایّام عادت تمکین نمی کند، ولی نفقه دارد چون عدم تمکینش به حکمِ شارع است. مهریّه هم به همین صورت است و چون معلوم نیست هرکدام نصفش را می‌دهند.

نتیجه: اگر ما قائل به علم اجمالی شدیم باید آثار علم اجمالی را جاری کنیم، جائی باید اجتناب کرد و جائی باید پول داده شود تا مسأله روشن شود، چون ماندن دختر در این حال موجب عسر و حرج است. تا اینجا مشخص کردیم که علم اجمالی چه خواص و آثاری دارد.

۲۵ ادامهٔ مسئلهٔ ۳ ... ۲۵/ ۷/ ۷۹

ان قلت: اینها چگونه می‌توانند طلاق بدهند در حالی که هرکدام شک در زوجیّت دارند و طلاق فرع بر زوجیّت است، اگر هم به

صورت قضیّهٔ شرطیه بگویند: «ان کانت هذه زوجتی فهی طالق» در این صورت از قبیل تعلیق در انشاء است که باطل است.

قلنا: اوّلاًتعلیق بر وجود موضوع است (زوجیّت) و این تعلیق

---

(۱) ح ۸، باب ۱۱ از ابواب عقد نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۳۱

اشکالی ندارد، چرا که هر حکمی ذاتاً معلّق بر وجود موضوع است.

حتّی لازم نیست به صورت قضیّهٔ شرطیّه و «ان کانت» بگوید، بلکه اگر بگوید «هذه المرأة» و به قصد رجاء او را طلاق دهد، کافی است، شبیه قصد رجاء در عبادات، چون عبادات قصد می‌خواهد و در جائی که نمی‌داند عبادت است یا نه، نمی‌تواند قصد کند و لذا رجاءً بجا می‌آورد به این معنی که اگر خدا امری دارد من آن را بجا می‌آورم، پس همان گونه که در عبادات تعلیق به قصد رجاء عیبی ندارد در عقود هم رجاءً اشکالی ندارد. البتّه در درون رجاءهم، تعلیقی وجود دارد و آن تعلیق نیز بر وجود موضوع است و تعلیق بر وجود موضوع اشکالی ندارد بعنوان مثال در مال مشکوک می‌گویند که اگر این، مال من است آن را به شما بخشیدم.

ثانیاً: طلاق منجّز بدون تعلیق هم ممکن است، تا اشکال تعلیق در انشاء پیش نیاید. به این صورت که هر یک از زوجین به شخص سومی وکالت می‌دهد، و وکیل چنین می‌گوید: از طرف موکّلم که زوج واقعی تو است، تو را طلاق می‌دهم «انّ فاطمهٔ زوجهٔ موکّلی طالق».

صاحب جواهر در اینجا دو احتمال می‌دهد «۱»:

۱- قرعه: یعنی یکی از دو زوج را با قرعه معیّن کنیم.

جواب: حدیث قرعه می‌گوید:

«القرعهٔ لکل امر مشکل او مشتبه»

، آیا مشکل و مشتبه یعنی هر مجهول و مشکوکی؟ یعنی مثلًا آیا در انائین مشتبهین یا در قبله با قرعه می‌توان مشکل را حل کرد به این معنی که در هرجا مشتبه شد، قرعه بزنیم و احتیاط لازم نباشد؟

این حرف درست نیست، و معلوم می‌شود که مشکل و مشتبه این نیست، بلکه معنای دیگری دارد و مشکل در جائی است که کارد به استخوان برسد نه اماره‌ای و نه اصل لفظی و نه...

قرعه قبل از اینکه در شریعت ما باشد، در بین عقلای دنیا بوده است و آنها هم قرعه را در جائی استفاده می‌کنند که هیچ راه حل دیگری نداشته باشد، مثلًا فرزندی که معلوم نیست برای زید است یا عمرو، و اماره، شاهد و اصلی هم نداریم، در اینجا به ناچار قرعه می‌زنیم، چون نمی‌توان بچّه را بلا-تکلیف گذاشت، و یا در غنم موطوئه که در بین گلّه گم شده است در اینجا تمام گلّه را که نمی‌توان دور ریخت چون احتیاط در اینجا موجب عسر و حرج است و مال عظیمی تلف می‌شود، بنابراین سراغ قرعه می‌رویم (آقای حکیم هم در مستمسک بحث قرعه را مطرح کرده است).

ان قلت: در صورت طلاق دادن هر دو، حکم مهریه و نفقه چیست؟

قلت: قاعده‌ای داریم به نام عدل و انصاف، مثلًا در دعوا تیری رها شده و شخصی مرده است، و معلوم نیست قاتل کدامیک از این چند نفر است، آیا اینجا قاتل را با قرعه تعیین کنیم در حالی که ممکن است واقعاً قاتل نباشد یا اینکه اصل برائت را در مورد هر یک جاری کنیم که در این صورت هم خون پایمال می‌شود، در اینجا قاعدهٔ عقلائی عدل و انصاف می‌گوید دیه را تقسیم کنند، در ما نحن فیه هم مهریه را هم تقسیم می‌کنند تا به یک نفر تحمیل نشود.

۲- تقدیم جد: به دو دلیل:

الف) استصحاب:

اصل این است که عقدی واقع نشده تا زمان عقد اب و همانطور از طرف جد (اصل این است که تا زمان عقد جد عقدی واقع نشده) یعنی به وسیلهٔ اصلِ «عدم تقدم حادث»، اثبات مقارنه می‌کنیم و وقتی اثبات مقارنه کردیم، جد را مقدم می‌کنیم.

جواب: این بیان صاحب جواهر اشکال واضحی دارد و آن «اصل مثبت» است (در زمان صاحب جواهر اصل مثبت خیلی مطرح نبود)، به این بیان که شما می‌گوئید اصل این است که عقد پدر بر جد تقدّم نداشت و از آن طرف هم اصل این است که عقد جد بر عقد پدر تقدّم نداشت که لازمه عقلی آن تقارن است و لوازم عقلیّه اصل مثبت است و اصول، لوازم عقلی را ثابت نمی‌کنند.

ب) اطلاق روایت عبید بن زراره:

...* « الجد اولی بذلک ما لم یکن مضارًا ان لم یکن الاب زوّجها قبله « ... ۲»»

جد اولیٰ است اگر اب

«زوّجها قبله»

نباشد و در اینجا نمی‌دانیم اب «زوّجها قبله‌ام لا» چون نمی‌دانیم به اطلاق این روایت عمل می‌کنیم که می‌گوید: همه جا جد اولیٰ است.

جواب: این کلام صاحب جواهر هم اشکال روشنی دارد و آن این است که احکام تابع عناوین واقعیّه هستند و کاری به علم و جهل ندارند. مثلًا «الدّم نجسٌ» عام است، عند الشّک نمی‌توان به عام تمسک کرد. اگر واقعاً دم باشد مشمول روایت است و نجس و اگر واقعاً دم نباشد مشمول روایت نیست و پاک، چون موضوع «الدّم المعلوم» نبوده، بلکه «الدم الواقعی» بوده است، پس باید در این موارد سراغ اصول عقلیّه رفت. ما نحن فیه هم همینطور است می‌گوید اگر پدر قبل از جد عقد نکرده باشد جد مقدّم است شما می‌گوئید ما نمی‌دانیم آیا عقد اب مقدّم بوده است یا نه؟ پس تمسک

---

(۱) جواهر، ج ۲۹، ص ۲۱۱.

(۲) ح ۲، باب ۱۱ از ابواب عقد نکاح.

به عموم عام می‌کنیم که می‌گوید جد مقدّم است. در جواب می‌گوئیم که در مورد روایت، علم اخذ نشده است و وقتی حکم روی عناوین واقعیّه رفت سراغ علم و جهل نمی‌رویم.

ان قلت: اصل، عدم تزویج اب است قبل از جد.

قلنا: این اصل تعارض دارد با اصل عدم تزویج جد قبل از اب و تعارضا، تساقطا، پس در شبهات مصداقیه نمی‌توان به عموم عام تمسک کرد.

نتیجه: در اطراف علم اجمالی باید احتیاط کرد و جای تمسّک به عموم عام نیست.

صورت دوّم معلوم احدهما:

در اصول خوانده‌ایم که استصحاب فقط در مجهول التاریخ جاری می‌شود، به این بیان که عقد جد شنبه بوده و در این شکی نداریم چیزی که از نظر زمان معلوم است استصحاب ندارد، پس تنها مجهول التاریخ استصحاب دارد، یعنی بگوئیم عقد اب انجام نشده تا یک شنبه.

در مورد معلوم التاریخ بودن عقد جد و مجهول التاریخ بودن عقد اب بحثی نکرده‌اند و همه گفته‌اند که‌یصحّ عقد الجد (معلوم التاریخ) و یبطل عقد الاب (مجهول التاریخ) به دلیل استصحاب عدم و امّا اگر اب معلوم التاریخ و عقد جد مجهول التاریخ باشد، در اینجا اقوال مختلف است، در حالی که علی القاعده این هم مثل مسئلهٔ قبل است، و باید در ناحیهٔ عقد جد استصحاب عدم کنیم تا یکشنبه، یعنی عقد جد، نه مقدّم بوده است و نه مقارن، پس بین اب و جد فرقی نیست و قاعدهٔ معلوم التاریخ و مجهول التاریخ در مورد هر دو یکسان است.

مرحوم صاحب عروه می‌گوید استصحاب برای جائی است که عموم عام نباشد (شبیه کلام قبل که از جواهر در مجهولی التاریخ نقل شد)، عام در اینجا حدیث عبید بن زراره است:

...* الجد اولی بذلک ما لم یکن مضارّا ان لم یکن الاب زوّجها قبله «... ۱»

این عام می‌گوید تا یقین نداشته باشی که عقد اب جلوتر است باید بگوئی که عقد جد درست است، ما نحن فیه نیز همین گونه است یعنی مصداق جهل به زمان عقد اب است و لذا چون نمی‌دانیم که عقد اب مقدّم بوده یا مقارن، باید بگوئیم عقد جد مقدّم است.

جواب: احکام روی عناوین واقعیّه می‌رود منهای علم و جهل ما، شارع می‌گوید هشت فرسخ که شد نماز شکسته است، حال این حکم با علم و جهل ما عوض نمی‌شود؛ ولی گاهی شارع مقدّس علم را در موضوع اخذ می‌کند مثلًا

«من علم بنجاسة ثوبه »...

اگر علم و جهل در موضوع اخذ شده باشد، دخیل در حکم است، و اگر می‌گوید

لا صلاة الّا بطهور

در اینجا علم و جهل اخذ نشده است. در ما نحن فیه (روایت عبید بن زراره) هم حکم روی عنوان واقعی رفته است و علم و جهل ندارد (یعنی روایت نگفته استان لم یعلم)...

پس چون حکم روی عنوان واقعی رفته است در مصادیق مشکوک نمی‌توان به عموم آن تمسّک کرد.

به عبارت دیگر در جواب صاحب عروه و صاحب جواهر می‌گوئیم، روایت مشتمل بر حکم تعبّدی نیست، بلکه مضمون روایت همان چیزی است که از قاعدهٔ عقلیّه استفاده می‌شود. یعنی زمانی که عقد جد مقدم باشد بالنسبهٔ به عقد اب، موضوع منتفی است و همچنین زمانی که عقد اب مقدم باشد بالنسبهٔ به عقد جد، موضوع منتفی است، پس ناچاریم طبق قاعده عمل کنیم که همان جاری کردن استصحاب در مجهول التاریخ است نه در معلوم التاریخ.

نتیجه: اگر پدر معلوم التاریخ شد حق با اوست و عقدش صحیح است و اگر جد تاریخ عقدش معلوم باشد حق با اوست و عقد او هم صحیح است و فرقی بین اب و جد نیست.

[مسألهٔ ۴ (شرایط صحّهٔ تزویج الاب و الجد)]

اشاره

۲۶ مسئلهٔ ۴ (شرایط صحّهٔ تزویج الاب و الجد ...) ۲۶/ ۷/ ۷۹

مسألهٔ ۴: یشترط فی صحهٔ تزویج الاب و الجد و نفوذه (تزویج)

عدم المفسدهٔ و الّا یکون العقد فضولیّاً کالاجنبی یتوقّف صحّته علی اجازهٔ الصغیر بعد البلوغ بل الاحوط (احتیاط وجوبی) مراعاهٔ المصلحهٔ.

عنوان مسأله:

شرط در صحّت و نفوذ تزویج اب و جد، عدم مفسده است و اگر مفسده داشت، عقد فضولی است و صبر می کنیم تا دختر بالغ شود و از او نظرخواهی شود، مثل این که عقـد را اجنبی خوانده باشد که اجنبی همیشه فضولی است، و عقد پدر و جد اگر مفسده داشـته باشد فضولی است. بلکه نبودن مفسده کافی نیست و احتیاط واجب این است که مراعات مصلحت کنند.

صور مسأله:

اشاره

مسأله دو صورت دارد: ۱- مع المفسدهٔ. ۲- مع عدم المفسدهٔ.
(الف: مع المصلحهٔ. ب: لا مع المصلحهٔ و لا مع المفسدهٔ).

---

(۱) ح ۲، باب ۱۱ از ابواب عقد نکاح.
کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۳۳

۱- مع المفسدهٔ:

عقدی که مع المفسدهٔ باشد، بالاجماع باطل است. از کسانی که ادعای اجماع کرده‌اند مرحوم نراقی در مستند است. می‌فرماید:
...الظـاهر وجوب مراعـاهٔ الولی عـدم المفسـدهٔ فی النکـاح لظـاهر الاجمـاع ... و هـل یجب مراعـاهٔ المصـلحهٔ فی النکاح؟ الظاهر: لا للأصل، و العمومات «۱»
پس کسی قائل به صورت مع المفسدهٔ نشده.

۲- مع عدم المفسدهٔ:

آیـا عـدم المفسـدهٔ کـافی است یـا مصـلحت هم لازم دارد؟ مرحـوم صـاحب مسالـک فرموده است که اتفـاق داریم بر اعتبـار عـدم المفسـدهٔ؛ ولی از مرحوم علّامه در تـذکره و مرحوم محقّق ثـانی اعتبار مصـلحت دیـده می‌شود، حواشـی عروهٔ هم به عـدم المفسـدهٔ کفایت کرده‌اند.
پس عدّهٔ قلیلی قائل به اعتبار مصلحت هستند.

دلائل اعتبار عدم المفسدهٔ:

۱- اصل:

اصل در همـهٔ عقود فساد است (اصالـهٔ الفساد) یعنی ما نمی‌دانیم که با وجود مفسـده عقـد ثابت می‌شود یا نه، اصل فساد عقد است، پس در صورت مفسـده عقـدی واقع نشده است و آثار زوجیّت جاری نمی‌شود؛ البتّه اصالهٔ الفساد اصل عملی است و اصل عملی در جائی است که دلیل دیگر نداشته باشیم.

۲- اجماع:

اجماع داریم که عقد مع المفسدهٔ باطل است، آیا اجماع در اینجا با اینکه ادلّهٔ دیگری داریم می‌تواند حجّت باشد؟ خیر، چون دلایل دیگری داریم پس اجماع مدرکی است؛ ولی بعنوان مؤیّد خوب است.

۳- عمومات لا ضرر:

این عقد برای دختر ضرر و مفسده دارد پس لا ضرر حکم به فساد می‌کند (دلیل خوبی است).
ان قلت: بین عمومات ولایت اب و جد و بین عموم لاـ ضرر تعارض است، عموماتی داشتیم که می‌گفت «الاب و الجد حکمهما نافذ» که عام است و مقیّد به قید مصلحت و عدم المفسده نیست، به این معنی که حتی مع المفسده هم صحیح است، حال نسبت بین این دو دسته عمومات چیست (عموم لا ضرر و عمومات ولایت اب و جد)؟
قلنا: نسبت، عموم و خصوص من وجه است چون لاـ ضرر هم باب نکاح را می‌گیرد و هم موارد دیگر را، ولایت هم صورت مصلحت را می‌گیرد و هم صورت مفسده را؛ ولی عمومات لا ضرر دلیل حاکم است و در باب حکومت نسبت سنجیده نمی‌شود. چون لا ضرر ناظر و مفسّر بقیّه احکام است و سنجیدنِ نسبت، مربوط به تعارض است نه تفسیر. به تعبیر دیگر لا ضرر عنوان ثانوی است و عنوان ثانوی با عنوان اوّلی تعارض نمی‌کند و حاکم است.

۴- انصراف:

این که به اب و جد ولایت داده‌اند برای این نیست که به او ضرر بزنند، بنابراین عمومات ولایت اب و جد بدون لاـ ضرر هم منصرف است به صورتی که مفسده‌ای نباشد.
آیا مصلحت نیز معتبر است؟ عدّه‌ای گفته‌اند که مصلحت معتبر نیست ولی ضرر هم نرساند. باید دید نگاه ما به عنوان «ولایت» چگونه است؟ در این مسأله دو دیدگاه وجود دارد:
۱- اگر نگاه ما به عنوان ولایت «مالکیت» است
(انت و مالك لابیك)
اب هر کاری خواست می‌کند، چون مالش می‌باشد و اختیارش را دارد، در این صورت مفسده‌اش هم اشکال ندارد، حتّی لا ضرر هم نمی‌تواند جلوی او را بگیرد (ولایت امتیاز به پدر است).
۲- اگر نگاه ما به عنوان ولایت این است که دلسوزترین فرد برای دختر، اب و جد است، برای اینکه منافع او را تأمین می‌کنند، مانند وکیل، در این صورت شارع مقدس نمی‌خواهد امتیازی به پدر بدهد بلکه امتیازی است برای دختر، که در این صورت مصلحت مولّی علیه را باید در نظر گرفت و عدم المفسدهٔ کافی نیست.
۲۷ ادامهٔ مسئلهٔ ۴ ... ۲۷/ ۷/ ۷۹

دلیل اعتبار مصلحت: آیهٔ: «وَ لا تَقْرَبُوا مالَ الْیَتِیمِ إِلَّا بِالَّتِی هِیَ أَحْسَنُ». «۲» *

اشاره

آیه، مصلحت را در تصرفات در اموال یتامی شرط می‌کند. در اموال، مشهور است که رعایت مصلحت شرط است و ادّعای اجماع

هم کرده‌اند که البتّه اجماعی نیست چون مخالف دارد، ولی مشهور است.

سه اشکال در مورد آیه مطرح است که باید به آن توجه شود:

اشکال اوّل: ما در مورد اب و جد صحبت می‌کنیم و حال آن که یتیم کسی است که پدر از دست داده است

و آیه در مورد بیگانگان

---

(۱) مستند نراقی، ج ۱۶، ص ۱۶۷.

(۲) آیۀ ۱۵۲ سورۀ انعام و آیۀ ۳۴ سورۀ إسراء.

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۳۴

است که باید مصلحت یتیم را رعایت کنند.

قلنا: مرحوم شیخ انصاری در مکاسب محرّمه در جواب می‌گوید: آیه شامل جد که می‌شود، یعنی ممکن است پدر مرده؛ ولی جد زنده باشد، چنین بچّه‌ای هم یتیم است، پس اگر جد را شامل شد که تصرّفات جد باید از روی مصلحت باشد، در این صورت اب را هم شامل می‌شود چون کسی میان اب و جد فرق نگذاشته است. پس آیه شامل اب و جد می‌شود.

اشکال دوّم: آیه می‌گوید: «بِالَّتِی هِیَ أَحْسَنُ» * یعنی احسن (اصلح) را شرط می‌کند و نمی‌گوید حسن،

به این معنی که اگر صالحی باشد و اصلحی باید سراغ اصلح رفت و حال آنکه احدی نگفته است که اصلح واجب است بلکه اصلح مستحب است پس آیه، حمل بر استحباب می‌شود و از کار می‌افتد.

قلنا: آیات قبل صراحتاً در مورد محرّمات است:

قُلْ تَعالَوْا أَتْلُ ما حَرَّمَ رَبُّکُمْ عَلَیْکُمْ أَلَّا تُشْرِکُوا بِهِ شَیْئاً «... ۱»

آیه از محرمات شروع می‌کند، ابتدا شرک را می‌گوید و بعد قتل نفس و فواحش را ذکر می‌کند که همه از محرمات هستند و لحن آیه لحن مستحب نیست پس معنی ندارد در بین آنها مستحب را ذکر کند، بنابراین نمی‌توانیم احسن را حمل بر مستحب کنیم و از طرفی هم رابطۀ صالح و اصلح دو گونه است: گاهی صالح و اصلح فاصلۀ زیادی دارند، که اگر اصلح را رها کنند و سراغ صالح بروند عرف می‌گوید خیانت است، بعنوان مثال مال یتیم را یکی به قیمت خیلی گرانتر می‌خرد، اگر به دیگری که ارزانتر می‌خرد، بفروشیم خیانت است، و لو در هر دو سود در نظر گرفته شود و گاهی صالح و اصلح فاصلۀ زیادی ندارند، در اینجا اگر کمی ارزانتر بفروشیم خیانت نیست، چون عرف این مقدار تفاوت کم را خیانت نمی‌داند.

آیه که می‌گوید احسن، اصلح‌های قسم اوّل را می‌گوید که خیانت است.

شیرازی، ناصر مکارم، کتاب النکاح (مکارم)، ۶ جلد، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۲۴ ه ق کتاب النکاح (مکارم)؛ ج۲، ص: ۳۴

اشکال سوّم: سلّمنا که آیه مصلحت را در اموال شرط کند، در نکاح به چه دلیل شرط است؟

(آقای خوئی همین بحث را مطرح می‌کند) و با وجود روایات عدیده‌ای که در باب ولایت اب و جد داشتیم چه نیازی به این آیه است؟

قلنا: شرط مصلحت در صحت نکاح اب و جد به طریق اولویّت است به این بیان که وقتی می‌خواهد خریدوفروش مالی بشود باید احسن بودن رعایت شود؛ آیا در امر مهمّ ازدواج که مدت طولانی می‌خواهد با کسی زندگی کند، می‌شود احسن شرط نباشد؟ پس به طریق اولویّت شرط است.

نتیجه: آیه در ما نحن فیه قابل استناد است و اشکالات سه‌گانه وارد نیست.

۲۸ ادامهٔ مسئلهٔ ۴ ... ۳۰/ ۷/ ۷۹

ان قلت: احادیث می‌گوید

«انت و مالک لابیک»

حتّی در مسائل نکاح به این روایت تمسک شده است، این نشان می‌دهد که این ولایت امتیازی است برای پدر، نه فرزند، بنابراین باید بگوئیم حتی با مفسده هم جایز است ولی چون در روایات دیگر جلوی مفسده گرفته شده است مفسده را استثنا می‌کنیم و لذا مصلحت لازم نیست.

قلنا: به یقین این یک مسئلهٔ اخلاقی و استحبابی است نه یک مسئلهٔ وجوبی و الزامی، حتّی اگر انسان کبیر شود تا پدر بالای سر اوست باید احترام پدر را نگه دارد و اگر روایت

«انت و مالک لابیک»

را الزامی بگیریم لوازمی دارد که هیچ کس به آن ملتزم نشده است:

۱- ولیّ، بر کبیر و کبیره ولایت داشته باشد، ولایت بر دختر را عدّه‌ای گفته‌اند ولی ولایت بر پسر را، احدی نگفته است.

۲- لازمه‌اش این است که مع المفسدهٔ هم عقد جایز باشد که احدی این را نگفته است و اجماع بر خلافش است.

۳- پدر بتواند اموال پسر خود را به میل خود بفروشد که احدی این را نگفته است بلکه گفته‌اند همانگونه که نفقه پسر بر پدر لازم است نفقهٔ پدر هم بر پسر لازم است اگر معسر باشد پس اگر بنا باشد که هرچه دارد برای پدر باشد، نفقه معنا ندارد و

«انت و مالک لابیک»

یک حکم تکلیفی الزامی نیست، بلکه یک حکم اخلاقی و استحبابی و غیر الزامی است بلاشک.

اضف الی ذلک: (به آیه و بنای عقلا و معنای ولایت) احادیثی هم داریم که از آنها برای اثبات مصلحت می‌توان استفاده کرد سه روایت که دو روایت از آن «دلالتش» خوب، و یکی قابل خدشه است.

...* عن فضل بن عبد الملک، عن ابی عبد اللّه علیه السلام قال: لا تستأمر الجاریهٔ الّتی بین ابویها اذا اراد ابوها ان یزوّجها، هو انظر لها «... ۲»

(در سند این روایت جمعی از واقفیّه هستند ولی ثقات هستند) مفهومش این است که پدر بهتر رعایت مصالح را می‌کند و این جمله به منزلهٔ تعلیل است که اگر واقعاً علت باشدالحکم یدور مدارها. تنها

---

(۱) آیهٔ ۱۵۱ سورهٔ انعام.

(۲) ح ۶، باب ۳ از ابواب عقد نکاح.

کتاب النكاح (مکارم)، ج۲، ص: ۳۵

اشکالی کـه می‌شود ایـن اسـت که حکمت است نه علت (علّت دائمی است و حکمت غـالبی است) ولی این ادّعـای حکمت تمـام نیست و ممکن است کسـی بگویـد این علّت است، زیرا روایت می‌گویـد چون رعـایت مصـلحت می‌کنـد نظر او بر نظر دختر مقـدّم است، حال اگر حکمت را هم بگیریم لااقل مؤیّد است.

...* عن الفضل بن عبد الملک، عن ابی عبد اللّه علیه السلام قال: إنّ الجد اذا زوّج ابنهٔ ابنه و کان ابوها حیّاً و کان الجد مرضیّاً جاز «۱...»

به شـرط اینکه جد مرضـیّ باشد عقدش صـحیح است آیا از لفظ مرضـیّ عدم المفسدهٔ استفاده می‌شود یا رعایت مصلحت؟ صحّت عقـد جـد به این جهت است که مصـلحت را رعایت می‌کنـد و خیانت نمی‌کنـد، پس این علت و حکمت نیست که آن بحثها بیاید، بلکه قضـیه شـرطیه است و مفهوم دارد که اگر رعایت مصلحت نشود چنین پدر و جدی عقدشان مورد قبول نیست و نکاحشان باطل است.

...* عبیـد بن زرارهٔ قال: قلت لأبی عبد اللّه علیه السلام: الجاریهُٔ یریدُ ابوها ان یزوّجها ... فقال: الجدّ اولی بذلک ما لم یکن مضارّا «۲...»

روایت می‌فرماید

«الجدّ اولی بذلک ما لم یکن مضاراً»

و ظاهرش عدم المفسده است؛ ولی ممکن است که بگوئیم این دختر که خواستگاری برای او پیدا شده، خواستگاری بهتر از این هم برای او پیدا می‌شد چرا شـما به عدم المفسده اکتفا کردید؟ در حالی که رعایت مصـلحت هم ممکن بود، این ضـرر است و مصداق مضارّ، زیرا

«ترک المصلحهٔ فی موارد امکان المصلحهٔ مصداق للمضرّهٔ»

، پس در بدو نظر این دو روایت دلیل بر قول مشهور است؛ ولی عند التأمّل دلیل بر قول ما (رعایت مصلحت) هم می‌تواند باشد. پس این ادلّه (آیات، روایات، مفهوم ولایت در بنای عقلا) من حیث المجموع می‌رساند که مصـلحت باید رعایت شود خصوصاً که اصل هم فساد است (یعنی‌اصل عـدم ولایـهٔ احـد علی احداست) و قدر متیقّن آن رعایت مصـلحت است که زائد بر آن دلیل می‌خواهد، و جائی که مصلحت رعایت شود از این اصل خارج است.

بقی هنا امران:

الامر الاوّل: در زمان ما مصلحتی در عقد صغیر و صغیره نیست و حکم ولایت عوض نشده؛

ولی موضوع ولایت بر صـغیر و صـغیره مع المصـلحهٔ و عدم المفسدهٔ عوض شده است و کمتر اتفاق می‌افتد که برای صـغیر و صغیره ازدواجی واقع شود و بعد از کبیر شدن مخالفتی نکنند و دعوا نشود، اگر هم مخالفت نشود، لااقل خوف مخالفت هست و این خوف مخالفت مفسـده است، پس بایـد بگـذاریم تا کبیر شونـد حتّی در اوائل بلوغ هم شایـد مصـلحت نباشـد بایـد عقلشان کاملتر شود، تا اختلافی پیش نیاید، پس ما که در صـغیر و صـغیره طرفدار مصـلحت هستیم، در زمان خودمان اجازه نمی‌دهیم، حتی مشـهور هم که قائل به عدم مفسده هستند، باید در زمان ما عقد صغیر و صغیره را اجازه ندهند، چون مفسده دارد. باید توجّه کرد که در اینجا حکم عوض نشده است بلکه موضوع عوض شده و با تغییر موضوع، حکم آن نیز عوض می‌شود.

الامر الثّانی: اگر اب و جد رعایت مصلحت نکردند یا رعایت عدم المفسدهٔ نکردند (طبق قول مشهور) آیا این عقد باطل است یا فضولی است؟

فرموده‌اند فضولی است چون زمینه‌های عقد وجود دارد و اگر کبیر شد و خودش همین را پسندید اشکالی ندارد و لو مصلحت نداشته باشد.

عقد فضولی هم معنایش این است که زمینه‌ها حاصل است و شرایط غیر حاصل، در ما نحن فیه هم زمینه‌ها هست و شرطش این است که بزرگ شود و اجازه دهد. دلیل عدم بطلان چنین عقدی (پدر و جد بدون رعایت مصلحت یا عدم مفسده عقدی خوانده‌اند) همان ادلّهٔ عقد فضولی است که در جای خودش عقد فضولی را عقدی می‌دانند که مشروط بر اجازه است.

[مسألهٔ ۵: إذا وقع العقد من الأب أو الجد عن الصغير أو الصغيرة مع مراعاة ما يجب مراعاته]

اشاره

۲۹ مسئلهٔ ۵ (عقد الولی من العقود اللّازم ...) ۱/ ۸/ ۷۹

مسألهٔ ۵: اذا وقع العقد من الاب أو الجد عن الصغير أو الصغيرة مع مراعاة ما يجب مراعاته لا خيار لهما بعد بلوغهما بل هو لازم عليهما.

عنوان مسأله:

اگر عقدی از سوی ولی صغیر یا صغیره واقع شد و تمام شرایط در آن عقد جمع بود (اگر مصلحت را شرط می‌دانیم مصلحت و اگر عدم المفسدهٔ را شرط می‌دانیم عدم المفسدهٔ رعایت شده باشد) و زوج و زوجهٔ هم شدند، آیا بعد از بلوغ خیار فسخی برای آنها ثابت است؟

به تعبیر دیگر، عقد ولی لازم است که قابل فسخ نباشد یا شبیه عقود جایز است که قابل فسخ باشد. (بیع بالصیغه و معاطاهٔ هر دو بیع هستند، نقل و انتقال در هر دو حاصل شده است ولی اولی لازم و غیر قابل فسخ است و دیگری جایز و قابل فسخ).

---

(۱) ح ۴، باب ۱۱ از ابواب عقد نکاح.

(۲) ح ۲، باب ۱۱ از ابواب عقد نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۳۶

اقوال مسأله:

نسبت به صغیره اجماع است که بعد البلوغ عقد قابل فسخ نیست و نسبت به صغیر اختلاف است؛ مشهور گفته‌اند عقد قابل فسخ نیست؛ ولی تعدادی از بزرگان گفته‌اند که صغیر می‌تواند فسخ کند (البتّه لازم نیست طلاق دهد بلکه فسخ می‌کند و فرق فسخ و طلاق را بعداً بیان می‌کنیم).

مرحوم صاحب ریاض می‌فرماید:

...و لا خيار للصّبيّة مع البلوغ لو زوّجها الوليّ قبله اجماعاً، (شاهد در این اجماعاً است) حكاه جماعةٌ ... و فى الصبى قولان اظهرهما و اشهرهما انّه كذلك (لا خيار له ...) خلافاً للشيخ و جماعة، فاثبتوا له الخيار بعد الادراك (اى البلوغ). «۱»

مرحوم شیخ طوسی می‌فرماید:

و متى عقد الرجل لابنه على جارية، و هو غير بالغ؛ كان له الخيار اذا بلغ. «۲»

مرحوم نراقی در مستند می‌فرماید:

و کذا الصبی عند الاکثر «۳» نسبت به صبیّه خلافی نیست (نسبت به صغیره ادعای اجماع به عدم خیار کرده است) و نسبت به صغیر هم قائل به عدم خیار شده است.

ادلّه:

۱- اصل:

اصل، در مسأله عدم الخیار است (اصالهٔ اللّزوم)، شیخ انصاری در دو جا اصالهٔ اللزوم را مطرح می کند، یکی اوائل بیع و دیگری در باب خیارات، به این معنی که اصل در عقود لزوم است چون «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» می گوید تا آخر عقد لازم الوفاء است، شما که می‌خواهید آن را به هم بزنید دلیل می‌خواهد، مادام که دلیلی بر خیار نباشد هیچ عقدی قابل فسخ نیست، البته در اینجا عموماتی غیر از «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» هم داریم.

۲- روایات:

اشاره

روایات متعدّدی بر عدم الخیار بعد البلوغ وارد شده است (فعلًا در مورد صغیرهٔ صحبت می کنیم).

...* عن محمد بن اسماعیل بن بزیع قال: سألت أبا الحسن

(امام رضا علیه السلام)

عن الصّبیّهٔ یزوّجها ابوها ثم یموت و هی صغیرهٔ فتکبر قبل أن یدخل بها زوجها، یجوز علیها التزویج

(تزویج پدر برای او لازم است)

أو الامر الیها؟

(حق فسخ داشته باشد)

قال: یجوز علیها تزویج أبیها «۴».

یعنی اختیاری ندارد. یجوز یعنی واجب است چون در مقابل آن «الامر الیها» است (سند و دلالت حدیث، هر دو خوب است).

...* عن علی بن یقطین قال: سألت أبا الحسن علیه السلام: أ تزوّج الجاریهٔ و هی بنت ثلاث سنین أو یزوّج الغلام و هو ابن ثلاث سنین و ما ادنی حدّ ذلک الّذی یزوّجان فیه، فاذا بلغت الجاریهٔ فلم ترض فما حالها؟ قال: لا بأس بذلک اذا رضی ابوها او ولیّها. «۵»

...* عن عبد اللّه بن الصّلت قال: سألت أبا عبد اللّه علیه السلام عن الجاریهٔ الصغیرهٔ یزوّجها ابوها لها امرٌ اذا بلغت؟

(اختیاری دارد)

قال: لا، لیس لها مع أبیها امرٌ

(هیچ حقّی ندارد، روایت صریح است «...) ۶»

عبد اللّه بن الصلت از اصحاب حضرت رضا علیه السلام و امام جواد علیه السلام بوده و ثقه است.

روایات معارض:

در مقابل، روایات معارضی نیز وجود دارد:

...* عن محمّد بن مسلم قال: سألت أبا جعفر علیه السلام عن الصبی یزوّج الصّبیّة، قال: ان کان ابوا هما اللّذان زوّجاهما فنعم جایز، و لکن لهما الخیار اذا ادرکا

(بالغ شدند)

فان رضیا بعد ذلک «... ۷»

این روایت با کمال وضوح، اثبات خیار می‌کند.

...* عن برید او یزید کناسی قال: قلت لأبی جعفر علیه السلام: متی یجوز للاب أن یزوّج ابنته و لا یستأمرها؟ قال: اذا جازت تسع سنین فان زوّجها قبل بلوغ التسع سنین کان الخیار لها «... ۸»

«برید کناسی» مجهول الحال است، در بعضی نسخ به جای برید، «یزید» دارد که او هم مجهول است و این روایت مشتمل بر بعضی مسائل مخالف اجماع هم هست.

جمع بین روایات:

۱- جمع شیخ طوسی:

روایاتی که می‌گوید خیار ندارند حفظ کنیم و روایات مقابل (محمد بن مسلم.) را در ناحیهٔ زوج حمل بر «طلاق» کنیم و در ناحیهٔ زوجه حمل بر «مطالبهٔ طلاق» کنیم.

جواب: این جمع درست نیست چون خیلی روشن است که هر مردی می‌تواند طلاق دهد و هر زنی می‌تواند مطالبهٔ طلاق کند و نیاز

---

(۱) ریاض، ج ۱۰، ص ۹۱.

(۲) نهایه، ص ۴۶۷.

(۳) مستند نراقی، ج ۱۶، ص ۱۳۲.

(۴) ح ۱، باب ۶ از ابواب عقد نکاح.

(۵) ح ۷، باب ۶ از ابواب عقد نکاح.

(۶) ح ۳، باب ۶ از ابواب عقد نکاح.

(۷) ح ۸، باب ۶ از ابواب عقد نکاح.

(۸) ح ۹، باب ۶ از ابواب عقد نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۳۷

نبود روایت، آن را بیان کند.

۲- جمع مرحوم آقای خوئی:

«۱» طایفهٔ اولی عام است یعنی هم جائی را شامل است که احدهما صغیر است و هم جائی که کلاهما صغیر هستند و طایفهٔ دوم خاص است، فقط جائی را شامل است که کلاهما صغیر هستند، پس روایات اوّل را که عام است به خاص تخصیص می‌زنیم.

روایات دوم می گوید دختر و پسر، هر دو صغیر باشند لهما الخیار و اگر یکی صغیر و دیگری کبیر باشد خیار ندارند.

جواب: کلام آقای خوئی دارای دو اشکال است:

اوّلًا: شاید این فرد (احدهما صغیر) نادر باشد چون غالباً هر دو صغیره هستند و یک صغیر و یک کبیر کمتر است شما تخصیص اکثر می‌زنید و فرد غالب را خارج می کنید درحالی که در اصول خوانده‌ایم که تخصیص اکثر باطل است.

ثانیاً: عرف فرقی بین این دو مورد (که هر دو صغیر یا یکی صغیر و دیگری کبیر) نمی گذارد و عرف، الغاء خصوصیّت قطعیّه می کند از آنجائی که هر دو صغیر هستند به آنجائی که یکی صغیر باشد.

نتیجه: می گوئیم این دو دسته روایات تعارضا و لذا سراغ مرجّحات می‌رویم و مرجّحات موافق با قول اوّل است و اجماع بر آن قائم است یکی از مرجّحات شهرت است و در اینجا اجماع هست که از شهرت بالاتر است.

۳۰ ادامهٔ مسئلهٔ ۵ ... ۷/ ۸/ ۷۹

ادلّهٔ عدم الخیار:

۱- اصل:

اصل عـدم خیار است و منظور از این اصل مراجعه به عمومات «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» است، یعنی به عقـدی که خوانده‌ایـد وفا کنید و به آن ملتزم باشید که معنای آن عدم الفسخ است.

ان قلت: در تفسیر أَوْفُوا بِالْعُقُودِ گفته‌انـد «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» به منزلـهٔ «اوفوا بعقودکم» است و در اینجا صبی عقـدی نبسـته؛ ولیّ عقـد را بسته است و او باید وفا کند، و صبی بعد از بلوغ می‌تواند بگوید «انّ هذا لیس بعقدی» و من مسئول عقد دیگران نیستم.

قلنا: ولیّ از طرف خودش عقـد نمی کنـد و عقـد الولی به منزلهٔ عقد المولّی علیه است کما انّ عقد الوکیل بمنزلهٔ عقد الموکّل، حتّی ولایت از جهات مختلف از وکالت بالاتر است.

پس مشکلی از ناحیـهٔ اصـل نیست و بایـد توجّه داشت که اصـل در اینجـا به معنی استصـحاب نیست که بعـد از فسـخ، بقاء عقـد را استصحاب کنیم، چون استصحاب در شبهات حکمیّه جاری نمی‌شود و اینجا شبهه حکمیّه است.

۲- روایات:

اشاره

دو طایفه روایت داریم:

طایفهٔ اوّل: عقد ولیّ بر صغیر صحیح است ولی طلاقش صحیح نیست، صبیّ نیز مانند صبیّه حق فسخ ندارد.

...* عن الحلبی قال: قلت لأبی عبد اللّه علیه السلام: الغلام له عشر سنین فیزوّجه ابوه فی صغره، أ یجوز طلاقه و هو ابن عشر سنین؟ قال:

فقال: امّا تزویجه فهو صحیح، و امّا طلاقه فینبغی ان تحبس علیه امرأته حتّی یدرک فیعلم انّه کان قد طلّق، ... قلت فان ماتت أو مات؟

قال: یوقف المیراث حتّی یدرک ایّهما بقی «... ۲»

از این روایت استفاده می‌کنند که صبی خیار ندارد.

جواب: سند روایت صحیح است؛ ولی آیا این روایات واقعاً دلالت دارد و نفی خیار می‌کند به این معنا که آیا صحیح بودن عقد لازم بودن را هم می‌رساند و یا ممکن است عقد صحیح جایز هم باشد؟ روایت می‌گوید ارث می‌برد، یعنی عقد صحیح است نه اینکه عقد لازم باشد، و عقد صحیح تارهٔ لازم است و تارهٔ جایز و قابل فسخ است و هر دو صحیح است و در هر دو ارث می‌برند. تنها کسی که به این نکته توجه داشته است آقای حکیم در مستمسک است که می‌گوید صحت عقد دلیل بر عدم خیار نیست. پس این روایت از حیث سند خوب است ولی دلالتش درست نیست.

...* عن محمّد بن مسلم، عن ابی جعفر علیه السلام فی الصبی یتزوّج الصّبیهٔ یتوارثان؟

(آیا ارث می‌برند)

فقال: اذا کان ابواهما اللّذان زوّجاهما فنعم، قلت فهل یجوز طلاق الاب؟ قال: لا. «۳»

جواب: این روایت هم مثل روایت قبلی است و ارث بردن دلیل بر صحّت عقد است نه دلیل بر لزوم و عدم الخیار، در یک سلسله از عیوب حقّ فسخ است (در زنان در ۷ عیب و در مردان در ۵ عیب)، عقد صحیح است ولی خیار فسخ دارند، در واقع خیار عیب است و اگر عقد بسته شد و قبل از آنی که زوج و زوجه اعمال فسخ کنند یکی از آنان بمیرد، طرف دیگر ارث می‌برد، پس توارث هست و در عین حال خیار فسخ هم وجود دارد.

...* عن عبید بن زرارهٔ، عن ابی عبد اللّه علیه السلام قال: سألته عن الصّبی یزوّج الصّبیّهٔ هل یتوارثان؟ قال: ان کان ابواهما هما اللّذان

(۱) مستند عروهٔ، ج ۲ نکاح، ص ۲۷۸.

(۲) وسایل، ج ۱۷، ح ۴، باب ۱۱ از ابواب میراث الازواج (کتاب الارث).

(۳) ح ۱، باب ۱۲ از ابواب عقد نکاح.

زوّجاهما فنعم، قلنا: یجوز طلاق الاب؟ قال: لا. «۱»

نتیجه: هیچ روایتی برای اثبات عدم الخیار پیدا نکردیم، عمده همین سه روایت است که دوتای آنها در باب توارث مطرح شده است و دلالتی بر ما نحن فیه ندارد.

بعضی ما نحن فیه را به فضولی تشبیه کرده‌اند که این هم درست نیست چون در ما نحن فیه عقد صحیح است و بحث در لزوم و عدم لزوم است و باید به معاطات تشبیه شود.

تنها یک روایت داریم که در مستدرک از دعائم الاسلام نقل کرده است که دلالتش قوی است ولی سند آن مرسله است:

* و عن علی علیه السلام، إنّه قال تزویج الآباء جائز علی البنین و البنات اذا کانوا صغاراً، و لیس لهم خیار اذا کبُروا «۲»

ممکن است کسی بگوید که ضعف سند با انضمام به قول مشهور جبران می‌شود؛ ولی آیا کتاب دعائم الاسلام که گمنام است در دسترس مشهور بوده است که به آن استناد و عمل کنند؟ شاید به جهت اصل (عدم الخیار) این حرف را مشهور زده‌اند پس نمی‌توان عمل مشهور را جابر دانست، چون روایت باید در کتب مشهور که در مرأی و منظر است، باشد تا بتواند جابر ضعف سند گردد، پس عدم الخیار دلیل معتبری ندارد جز اصل.

طایفهٔ دوم: نقطهٔ مقابل روایات قبل است و می‌گوید صبی خیار دارد

پس طایفهٔ دوّم اجازهٔ فسخ را به پسر می‌دهد:

...* عن الفضل بن عبد الملک، عن ابی عبد اللّه علیه السلام فی حدیث قال:

اذا زوّج الرّجل ابنه فذاک الی ابنه

(پسر خیار دارد)

و اذا زوّج الابنهٔ جاز

(لازم است). «۳»

آیا این روایت ناظر به کبیر است یا صغیر؟ اگر ناظر به کبیر باشد، ربطی به بحث ما ندارد چرا که معنایش این است که ولی ولایت بر پسر بالغ ندارد امّا بر دختر بالغ ولایت دارد، پس اینکه امام می گوید

«ذاک الی ابنه»

و نمی گوید «ذاک الی ابنه بعد البلوغ» دلیل این است که الان بالغ است، و ربطی به بحث ما ندارد.

...* عن محمّد بن مسلم قال: سألت أبا جعفر علیه السلام: عن الصّبی یزوّج الصّبیهٔ، قال: ان کان ابواهما اللّذان زوّجاهما فنعم جائز، و لکن لهما الخیار اذا ادرکا فان رضیا بعد ذلک فانّ المهرَ علی الاب «... ۴»

...* عن برید أو یزید الکناسی قال: قلت لأبی جعفر علیه السلام: متی یجوز للاب أن یزوّج ابنته و لا یستأمرها؟ قال: اذا جازت تسع سنین فان زوّجها قبل بلوغ التسع سنین کان الخیار لها اذا بلغت تسع سنین ...، فقال: یا ابا خالد انّ الغلام اذا زوّجه ابوه و لم یدرک کان بالخیار اذا ادرک و بلغ خمس عشرهٔ سنهٔ «... ۵»

مضمون این دو روایت می گوید: هنگامی که دختر و پسر صغیرند عقدشان خوانده شد، وقتی کبیر شدند هر دو اختیار دارند در حالی که نسبت به دختر اجماع بود که حق فسخ ندارد، و روایاتی هم داشتیم که در مورد دختر فسخ نیست، آیا می‌توانیم به این دو روایت استناد کنیم و بگوئیم چون در دختر اجماع و روایت بر خلاف این دو روایت بود، نسبت به دختر این روایات قابل قبول نیست و حق فسخ ندارد؛ ولی در مورد پسر به آن استناد کنیم چون دلیل روائی نداریم و فقط اصل داریم و اصل در مقابل روایت نمی‌تواند بایستد.

کراراً گفته شده است که تفکیک به این شکل صحیح نیست، چون عمده دلیل حجّیّت قول ثقه، بناء عقلاـ است و عقلاـ چنین تفکیکی را نمی‌پذیرند بنابراین حدیث اوّل بر کبیر حمل شد و این دو حدیث هم مشکل تفکیک دارد پس این روایات هم از کار افتاد و فقط اصل باقی ماند که طبق اصل گفتیم پسر هم حق فسخ ندارد.

۳۱ ادامهٔ مسئلهٔ ۵ ... ۸/ ۸/ ۷۹

نکته: آیا نکاح جایز داریم؟ یعنی نکاحی که در طبیعتش خیار باشد.

مسئله‌ای که ما را به قول مشهور امیدوارتر و دلگرم‌تر می‌کند این است که ما نکاح جائز نداریم و هرکجا نکاحی است لازم است ولی بیع جایز داریم یعنی به حسب ذاته ممکن است بیع جایز باشد یا لازم باشد، ولی در نکاح عقد جایز نداریم و فقط سه نوع خیار در نکاح داریم. خیار عیب که مثل خیار عیب در باب بیع است منتهی در نکاح عیوب معیّن است و منصوص، دیگری خیار تدلیس است، به این معنی که هر یک از زوجین را به گونه‌ای جلوه دهند که در واقع این گونه نیستند در اینجا هر یک خیار تدلیس دارند و خیار سوم خیار تخلّف شرط است نه خیار شرط، (خیار شرط یعنی این که زن یا شوهر برای خود شرط خیار کنند که تا هر زمان که خواستند بتوانند عقد را فسخ کنند که این اجماعاً باطل است) یعنی اگر شرط کنند شرایطی را و آن شرایط تخلّف شود خیار

تخلف شرط هست. در این سه مورد می‌توان از خیارات استفاده نمود ولی طبیعت نکاح

(۱) ج ۱۷، ح ۳، باب ۱۱ از ابواب ارث، باب میراث الازواج.

(۲) مستدرک الوسائل، ج ۱۴ و ح ۲، باب ۵ از ابواب عقد نکاح.

(۳) ح ۴، باب ۶ از ابواب عقد نکاح.

(۴) ح ۸، باب ۶ از ابواب عقد نکاح.

(۵) ح ۹، باب ۶ از ابواب عقد نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۳۹

لزوم است و خیارات استثنا است و ظاهراً همین امر باعث شده است که علما در این مسأله قائل به خیار برای صبی نشده‌اند، حتّی در عرف عقلا هم نکاح لازم است.

ولی مرحوم آقای خوئی مطابق آنچه که در مستند «۱» آمده دو روایت دیگر برای قول مشهور پیدا کرده‌اند، و ما هم یک روایت دیگر (مجموعاً سه روایت) اضافه می‌کنیم. روایت اول برای عبید بن زراره و روایت دوم برای فضل بن عبد الملک است تصور ما این است که این دو نفر روایتی طولانی از امام علیه السلام نقل کرده‌اند که این روایت در مورد مهریه، نکاح، و ارث بوده است و بعداً روایت در ابواب مختلف تقطیع شده است.

...* عن عبید بن زرارة، قال: سألت أبا عبد اللّه علیه السلام عن الرّجل یزوّج ابنه و هو صغیر؟ قال: ان کان لابنه مال فعلیه المهر، و ان لم یکن للابن مال فالاب ضامن المهر، ضمن او لم یضمن. «۲»

...* عن الفضل بن عبد الملک قال: سألت أبا عبد اللّه علیه السلام عن الرجل یزوّج ابنه و هو صغیرٌ. قال: لا بأس، قلت: یجوز طلاق الاب؟

قال: لا، قلت: علی من الصداق؟ قال: علی الاب ان کان ضمنه لهم و ان لم یکن ضمنه، فهو علی الغلام الّا ان لا یکون للغلام مال فهو ضامن له و ان لم یکن ضمن «...، ۳»

مضمون روایت این است که مهریه از مال صبی است در صورتی که مالی داشته باشد و اگر صبی مالی نداشته باشد از مال ولیّ پرداخت می‌شود، آقای خوئی می‌گوید این روایت دلالت دارد که صبی حقّ فسخ ندارد.

جواب: از کجای روایت استفاده می‌شود که صبی حق فسخ ندارد؟ روایت می‌گوید مهر مال صبی است سواء کان النکاح لازماً او جائزاً. آیا اثبات مهر دلیل بر لزوم است؟ نه، دلالت بر لزوم ندارد کما اینکه ثبوت ارث دلالت بر لزوم ندارد، و نکاح اگر جایز هم باشد، باید ارث و مهر را بدهد.

آقای خوئی متوجه اشکال بوده است و در جواب کسانی که اشکال می‌کنند: إثبات مهر دلیل بر لزوم نیست، همانطوری که اثبات ارث دلیل بر لزوم نیست، می‌فرماید: اطلاق این روایات می‌گوید که فسخ بکنی یا نکنی باید مهر را بدهی، پس فسخ مؤثر نیست و به این وسیله از اطلاق وجوب مهر استفاده می‌شود که فسخ بی‌اثر است.

لکن الانصاف: استدلال به روایت از دو جهت اشکال دارد:

۱- این روایت در مقام بیان نیست و اطلاق گیری در جائی درست است که اطلاق در مقام بیان باشد و در اینجا روایت می‌خواهد بیان کند که چه کسی مسئول مهریّه، است خودش یا پدرش، (بمن یتعلّق المهر).

۲- این استدلال شما شبیه همان استدلال به اصل است، چون اصل را هم به مقتضای اطلاق ثابت کردیم و ما در اینجا نص می‌خواهیم و این استدلال شما شبیه تمسک به «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» است و مطلب اضافه‌ای ندارد، بخلاف روایاتی که می گفت

«اذا بلغ له الخیار»

که اینها روایات خاصّه بود.

و امّا روایت سوّم، روایت «علی بن یقطین» است. سند حدیث ظاهراً اشکالی ندارد و علی بن یقطین از اصحاب موسی بن جعفر علیه السلام است:

...* عن علیّ بن یقطین قال سألت أبا الحسن علیه السلام: أ تزوّج الجاریهٔ و هی بنت ثلاث سنین أو یزوّج الغلام و هو ابن ثلاث سنین و ما أدنی حد ذلک الّذی یزوّجان فیه، فاذا بلغت الجاریهٔ فلم ترض، فما حالها؟ قال: لا بأس بذلک اذا رضی ابوها أو ولیّها. «۴»

وقتی پدر دختر راضی بوده عدم رضایت دختر ثمری ندارد یعنی نمی‌تواند فسخ بکند. این روایت در مورد دختر است و بحث ما در مورد پسر؛ ولی بگوئیم سکوت راوی از سؤال در مورد پسر دلیل بر این است که پسر حق فسخ دارد.

جواب: این سکوت، مشکل ما را حل نمی‌کند، شاید راوی محلّ ابتلائش پسر نبوده و لذا سؤال نکرده است، زیرا راوی گاهی از چیزی سؤال نمی‌کند بخاطر این که «لیس له محل من الابتلاء» نه این که مسلّم بوده، پس این روایت هم قول مشهور را ثابت نمی‌کند همانطوری که آن دو روایت قول مشهور را ثابت نکرد. پس ما هستیم و اصل، و اصل این بود که حقّ فسخ ندارد.

[مسألهٔ ۶: لو زوّج الولی الصغیرهٔ بدون مهر المثل]

اشاره

۳۲ مسئلهٔ ۶ (تزویج الولی الصغیرهٔ بما دون مهر المثل ...) ۹/ ۸/ ۷۹

مسألهٔ ۶: لو زوّج الولی الصغیرهٔ بدون مهر المثل (کمتر از مهر المثل)

أو زوّج الصغیر بأزید منه (مهریهٔ سنگین)

فإن کانت هناک مصلحهٔ تقتضی ذلک صح العقد و المهر و لزم، و إن کانت المصلحهٔ فی نفس التزویج دون المهر فالاقوی صحّهٔ العقد و لزومه و بطلان المهر بمعنی عدم نفوذه، و توقفه علی الاجازهٔ بعد البلوغ، فإن أجاز استقر، و إلا رجع إلی مهر المثل.

---

(۱) مستند عروهٔ، ج ۲، ابواب نکاح.

(۲) وسایل، ج ۱۵، ح ۱، باب ۲۸ از ابواب المهور.

(۳) وسایل، ج ۱۵، ح ۲، باب ۲۸ از ابواب المهور.

(۴) ح ۷ باب ۶ از ابواب عقد نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۴۰

عنوان مسأله:

اگر ولی با رعایت مصلحت صبی و صبیّه را عقد کرد و مصلحت اقتضا می‌کرد که صبیّه را به مادون مهر المثل عقد کند و یا برای صبی با مهر سنگین زن بگیرد، چون مصلحت بوده، عقد صحیح است و بعداً مورد اشکال واقع نمی‌شود و در این صورت هم عقد صحیح است و هم مهر.

و امّا اگر عقدی برای صبیّه بکند که ذات عقد خوب است، امّا مهرش کم است و مصلحت ندارد و یا در صبی همسری برایش اختیار کرده بسیار مناسب، ولی مهریّهٔ آن سنگین است و به مصلحت پسر نیست، پس مصلحت در اصل عقد هست ولی در مهر

نیست در اینجا چه کنیم؟ آیا حکم به صحت عقد و مهر کنیم یا فساد هر دو و یا صحت عقد و فساد مهر؟

اقوال:

در اینجا سه قول است:

۱- فساد عقد و مهر: (قول مرحوم صاحب جواهر، صاحب وسایل، صاحب عروة و محشّین عروة)

۲- صحّت عقد و فساد مهر: (قول مرحوم امام در متن تحریر، شرایع و بعضی از محشّین عروة).

۳- صحّت عقد و مهر: (قول مرحوم شیخ طوسی در خلاف)، عبارت خلاف این است:

«اذا زوّج الأب أو الجدّ مَنْ له اجبارها علی النکاح (کسی که اب و جد ولایت بر او دارند)، من البکر الصغیرة أو الکبیرة بمهرٍ دون مهر المثل، ثبت المسمّی (هم عقد صحیح است و هم مهر)، و لا یجب مهر المثل (قول سوم)، و به قال ابو حنیفه (صحت کلیهما) و قال الشافعی: یبطل المسمی، و یجب مهر المثل (قول دوم). سپس مرحوم شیخ طوسی دلیل می‌آورد: دلیلنا: انّ المسمّی لا خلاف أنّه واجب علیه. و مَنْ اوجب مهر المثل فعلیه الدلالة «۱»» (استدلال به قدر متیقن) دلیل می گوید مهر المسمی دون مهر المثل است، اشتغال ذمّه به مهر المسمی ثابت است و قدر متیقّن در صبیّه مهر المسمی است و زائد بر آن را شک داریم اصل (برائت) را جاری می کنیم. مرحوم شیخ فقط صبیّه را مورد بحث قرار داده است و به حکم صبیّ متعرّض نشده است.

محل بحث:

آیا روی مبنای کسانی بحث می کنیم که مصلحت را شرط می‌دانند یا لااقل عدم المفسدة را یا روی مبنای کسانی که هیچ کدام را شرط نمی‌دانند؟ اگر هیچ‌کدام را شرط ندانیم و بگوئیم

«انت و مالک لابیک»

دعوائی در این مسأله نیست پس کلام شیخ طوسی خارج از محل بحث است چون ایشان مصلحت را شرط نمی‌داند و مفسده را مضر نمی‌داند، لذا از بحث ما خارج است.

شیخ انصاری نیز مانند شیخ طوسی به همین قول قائل است و می گوید

«انت و مالک لابیک»

، ولایت پدر مثل ولایت مولیٰ و عبد است.

پس بحث ما در محور دو قول اوّل و دوم دور می‌زند یا هر دو صحیح و یا هر دو فاسد و ما بر اساس شرطیّت مصلحت بحث می کنیم و قول سوّم روی مبنای کسانی است که مصلحت و عدم المفسدة را شرط نمی‌دانند.

در این مسأله نصّی نداریم که اگر پدر به مادون و مافوق مهر المثل برای صبیّه و صبی عقدی بخواند چه می‌شود، پس باید سراغ قواعد برویم و ابتدا باید ببینیم ریشهٔ مسأله کجاست؟ آیا مهر و عقد دو چیز است به عبارهٔ اخری آیا از باب تعدّد مطلوب است یا وحدت مطلوب؟ (عقد یک مطلوب و مهر هم مطلوب دیگر) یا به تعبیر سوم آیا در حکم دو انشاء است یا این که انشاء واحدی است؟ اگر بگوئیم که به هم گره خورده‌اند و یک مطلوب و یک انشاء است در این صورت هر دو باطل می‌شوند، چون دومی که قطعاً باطل است اوّلی هم باطل می‌شود، امّا اگر گفتیم دو مطلوب است و در واقع دو انشاء است، در این صورت یکی صحیح است و بر اساس مصلحت، و دیگری باطل است و بر خلاف مصلحت.

ما معتقدیم: حق با کسانی است که می گویند هر دو (عقد و مهر) یک چیز است و در احادیث ما به بیع تشبیه شده است، مثلاً روایت می گوید وقتی برای خواستگاری می‌روی حق داری نگاه کنی، چون شبیه بیع است و معاوضه و یا عقد بلامهر (اگر بگوید زوّجتک

نفسی بلامهر) باطل است، مثل بیع بلاثمن است.

ان قلت: ما در کلمات فقها داریم که اگر کسی عقد را بدون ذکر مهر بخواند، عقد صحیح است و باید مهر المثل را بدهد و هکذا اگر کسی عقدی بخواند با مهریّهٔ حرام، می‌گویند عقد صحیح و مهر باطل است و باید مهر المثل را بدهد، آیا این فتاوی دلیل بر تعدد مطلوب نیست.

قلنا: نه تنها این دلیل به نفع شما نیست بلکه به ضرر شماست چون معنایش این است که مهر علی کل حالٍ جزءِ عقد است، منتهی کسی که مهر را ذکر نمی‌کند لا بد به مهر المثل قانع است و در واقع ذکر

---

(۱) الخلاف، ج ۴، کتاب الصّداق، مسئلهٔ ۳۷، ص ۲۰۱.

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۴۱

مهر شده است منتهی از این باب که معلوم بوده، لازم به ذکر نیست، مثل کارگری که استخدام می‌شود، اگر مزدش طی نشده باشد باید اجرهٔ المثل عرفِ عادی به او داده شود و اجاره، حتماً با اجرهٔ المثل است و بدون اجرهٔ المثل اجاره امکان ندارد و باطل است پس این قول و لو ظاهرش فریبنده است ولی باطنش، برعکس دلالت می‌کند.

و دلیل بر شرطیّت مهر است.

۳۳ ادامهٔ مسئلهٔ ۶ ... ۱۱/ ۸/ ۷۹

دلیلنا: هم عقد باطل است و هم مهر، به دو دلیل:

دلیل اوّل: وحدت مطلوب

آیا عقد و مهر از قبیل تعدّد مطلوب است یا وحدت مطلوب؟

مسئلهٔ تعدّد مطلوب و وحدت مطلوب در عبادات و معاملات هست (یعنی هرجائی که قید و مقیّدی است) ظاهرش این است که یک چیز است، اما اگر قرائن حاصل شد که هرکدام منفصل است، اگر دستمان به یکی نرسید، دیگری را عمل می‌کنیم و در این صورت می‌گوئیم عقد مصلحت داشت و صحیح است و مهر فاقد مصلحت بود و باطل است، شبیه این بحث را در عبادات و معاملات داریم. در بیع مایملک و ما لا یملک قائل به تعدّد مطلوب شده‌اند و گفته‌اند بیع در مایملک صحیح و در ما لا یملک باطل است و برای جلوگیری از ضرر مشتری، خیار تبعّض صفقه را قرار داده‌اند. در قربانی هم همین بحث است که آیا ریختن خون یک مطلوب است و مصرف گوشت مطلوب دیگر و یا این که هر دو با هم یک مطلوب است، ما می‌گوئیم ظاهر ادلّه وحدت مطلوب است یعنی ریختن خون همراه با مصرف.

در ما نحن فیه نیز وحدت مطلوب است و لذا تفکیک قائل نمی‌شویم چون اگر تعدّد مطلوب باشد دلیل می‌خواهد. تعبیر تازه‌ای هم در اینجا هست: شما عقدی می‌خوانید، یک جزء ش مصلحت دارد و یک جزء ش مفسده، آیا مفسده به مصلحت سرایت می‌کند یا نه؟ می‌گوئیم مفسدهٔ مهر سرایت به عقد می‌کند.

دلیل دوم: قاعدهٔ لا ضرر

این دختر که به مادون مهر المثل عقد شده است اگر أَوْفُوا بِالْعُقُودِ شامل این عقد شود ضرر و زیان است بر دختر، در موارد دیگر خیار فسخ داریم و ضرر جبران می‌شود؛ ولی در نکاح قائل به خیار نیستیم و نمی‌تواند فسخ کند و اگر مهر المثل را اختیار کنیم،

ضرر بر پسر است چون پسر عقد را بر پنج سکّه بسته است حالا شما می گوئید پنج سکّه باطل است چون ضرر بر دختر است پس مهر المثل را که مثلًا یکصد و پنجاه سکّه است بدهد که این ضرر بر پسر است و یا به عکس مثلًا دختر با مهر بالائی ازدواج کرده، بعد گفتند که این مافوق مهر المثل است اگر بگوئیم با ده سکّه که مهر المثل است، عقد شود در این صورت ضرر بر دختر است در حالی که فسخ هم نمی‌تواند بکند چون خیار فسخ در عقد بر خلاف اجماع است، پس مجبور است که تن به عقد ناخواسته دهد و این کار ظلم و ضرر است و شرع آن را نمی‌پذیرد. پس ما قائل می‌شویم که هر دو باطل است تا دچار این مشکل نشویم.

[مسألة ۷ نکاح السّفیه المبذّر]

اشاره

۳۴ مسألة ۷ (نکاح السّفیه المبذّر ...) ۱۴/ ۸/ ۷۹

مسألة ۷: السفیه المبذّر المتصل سفهه بزمان صغره او حُجر علیه للتبذیر، لا یصحّ نکاحه الّا بإذن أبیه أو جدّه أو الحاکم مع فقدهما، و تعیین المهر و المرأة إلی الولیّ، لو تزوّج بدون الاذن وقف علی الاجازة، فان رأی المصلحة و أجاز جاز و لا یحتاج إلی إعادة الصیغة.

عنوان مسأله:

از جمله مسائل عقد نکاح، عقد سفیه است، تا بحال صحبت دربارهٔ عقد صغیر بود و الآن صحبت در مورد سفیه کبیر است. سفیه و سفاهت انواعی دارد؛ گاهی در امور مالی سفاهت دارد و گاه در انتخاب همسر هم (منهای مهر و مسائل مالی) سفیه است. از کلام امام و صاحب شرایع و صاحب جواهر استفاده می‌شود که سفیه مورد بحث آنها سفیه مالی است (عنوان بحث امام‌السفیه المبذّراست یعنی سفیهی که در امور مالی ریخت‌وپاش می‌کند) امام سفیه در امور مالی را دو قسم می‌کند:

۱- سفیهی که سفاهتش متصل است به زمان صغر (المتصل سفاهته بالصغر)، ولیّ او پدر و جد است.

۲- صغیر بزرگ شده و عاقل و هوشیار بوده ولی بر اثر بیماری یا کِبَر سن، عقل سالمی ندارد و حالت سفاهت به او دست می‌دهد، در این قسم، ولیّش پدر و جد است، یا حاکم شرع، محلّ بحث است.

آیا سفیه اگر بدون اذن ولی نکاح کرد، عقد او باطل است یا فضولی؟ امام می‌فرماید چرا باطل باشد، عاقل و بالغ است و عقد را درست خوانده، پس عقد فضولی است و منوط به اجازهٔ ولیّ، اگر اجازه داد اعادهٔ صیغهٔ نکاح لازم نیست.

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۴۲

فروع مسأله:

اشاره

در واقع این مسأله دو فرع دارد:

فرع اوّل: سفیه مبذّر بدون اذن ولی نمی‌تواند عقد بخواند.

فرع دوّم: اگر بدون اذن ولی عقد خواند، فضولی است.

توضیح فرع اوّل: [سفیه مبذّر بدون اذن ولی نمی‌تواند عقد بخواند.]

اشاره

بسیاری از بزرگـان به همین فرع فتوا داده‌انـد. مرحوم محقق در شـرایع، علّـامه در قواعـد، محقق ثـانی در جـامع المقاصـد، علّامه در تذکره، که عبارت علّامه چنین است:

«و لیس للسفیه ان یستقلّ بالتّزویج لانّ النکاح یشتمل علی مُؤن (جمع مؤنة) مالیّة (نکاح مشتمل بر مؤونه‌های مالی است مثل مهر و نفقه) و لو استقلّ به لم یُؤمَن ان یُفْنی ماله فی المهر و النفقة فلا بدّ له من مراجعة الولیّ». «۱»

محقّق ثانی در جامع المقاصد «۲»، شهید ثانی در مسالک «۳» و صاحب جواهر «۴» هم شبیه به همین بحث را دارند.

ادلّه:

اشاره

-۱

قاعده:

اشاره

صغری: «النکاح من الامور المالیة» چون مهر در او هست و نفقهٔ زن‌ها با هم فرق می‌کند،

کبری: «کلّما کان من الامور المالیّة فان السفیه محجورٌ فیها» فرض ما هم این است که سفیه مبذّر است و اگر اموالش به دستش باشد به باد فنا می‌دهد و نکاح هم از امور مالی است.

نتیجه: «السفیه محجورٌ من النکاح» پس نکاح به دست خودش نیست و ولیّ می‌خواهد، منتهی در اینجا دو شرط دارد:

شرط اوّل: ولیّ باید زوجه و مقدار مهر را تعیین کند.

مرحوم آقای حکیم در مستمسک «۵» در ذیل همین مسأله می‌فرمایـد، سـفیه مبـذّر تعیین زوجه را می‌توانـد بکند و مهر را نمی‌تواند تعیین کنـد پس ولی فقط در مهر دخالت کنـد و تعیین زوجه به دست ولی نیست. مثل این که سـفیه در انتخاب لباس مشکل نـدارد ولی در قیمت مشکل دارد.

جواب: در برابر فرمایش آقای حکیم می گوئیم:

اوّلًا: گاهی می‌شود که انتخاب همسر به مسئلهٔ مالی ارتباط پیـدا می‌کنـد؛ مثلًا دو زن که هر دو کفو هسـتند یکی دختر امین التّجّار است با نفقه و مهر سنگین؛ ولی دیگری دختر کاسب محل است، با نفقه و مهر سبکتر، در اینجا انتخاب همسر با مسائل مالی ارتباط پیدا می‌کند، پس مراد این موارد است، یعنی زوجه‌ای که تعیین او دخالت در مهریّه داشته باشد، باید به دست ولیّ او باشد.

ثانیاً: ممکن است کسـی سفیه در مال و انتخاب همسر هر دو باشد یعنی کفو را هم نمی‌تواند تعیین کند این چنین افراد اجازهٔ ولی را در هر دو می‌خواهند.

عبـارات علمـا فقـط امور مالی را عنوان کرده است، در این صورت ما به همان جواب اوّل اکتفا می‌کنیم که مراد علما مواردی است که تعیین کفو دخالت در امور مالی داشته باشد.

نتیجه: باید مطابق قواعد بپذیریم که در سفیه مبذّر، تعیین مهر به عهدهٔ ولی است و اگر انتخاب کفو به امور مالی مربوط باشد انتخاب کفو نیز به عهدهٔ ولی است.

شرط دوّم: انحصار جواز ازدواج سفیه به ضرورت

اگر ضرورت نباشد، نباید ازدواج کند، صاحب جواهر می‌فرماید: خلافی در این مسأله نیست که باید رعایت ضرورت کرد، «اذا کان فیه اتلافٌ لماله» «۶» و شرطش این است که ازدواجش به حسب ضرورت باشد و اگر ضرورت ایجاب نکرد ازدواج نکند.

جواب: اگر چه صاحب جواهر ادّعای اجماع کرده ولی ما می‌گوئیم با سفیه هم باید مثل دیگران رفتار کرد، زیرا ازدواج برای خیلی از افراد ضروری نیست و در میان عقلاء ازدواج به عنوان یک امر مشروع است نه به عنوان یک ضرورت، پس در سفیه هم باید همین گونه باشد نه اینکه منحصر شود به ضرورت، مثلًا در سفیه آیا فقط به اندازهٔ زنده بودن به او غذا می‌دهند و به همان کفایت می‌کنند؟ نه، بلکه به او غذاهای مختلف می‌دهند و این تلف مال نیست تا زمانی که اسراف نباشد، پس سفیه را نباید در تنگنا قرار داد تا وقتی که کارد به استخوان رسید، ازدواج کند این شرط درست نیست، و این که می‌گویند مالش تلف می‌شود کجا تلف می‌شود؟ در حالی که خرج ازدواج، خانه، ماشین و خوراک او می‌شود.

توضیح فرع دوّم: (اگر بدون اذن ولی ازدواج کرد فضولی است)

اشاره

مطابق قواعد ازدواجش صحیح است چون سفیه غیر از مجنون و صغیر است، و مجنون و صغیر مسلوب العبارهٔ هستند یعنی عقدی را که می‌خوانند، باطل است امّا سفیه، بالغ و عاقل است و همه چیز را می‌فهمد و فقط در امور کلان مالی مشکل دارد و عقد را درست

---

(۱) تذکره، چاپ قدیم، ج ۲، ص ۶۱۰.

(۲) جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۹۹.

(۳) مسالک، ج ۷، ص ۱۵۰.

(۴) جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۹۱

(۵) مستمسک، ج ۱۴، ص ۴۵۹.

(۶) جواهر، ج ۲۹، ص ۱۹۱.

کتاب النکاح (مکارم)، ج‌۲، ص: ۴۳

خوانده است پس سفیه، مسلوب العبارهٔ نیست و لذا عقدش صحیح است.

نکتهٔ مهم:

بعضی خواسته‌اند بگویند اجازهٔ ولی شرط نیست، عقد صحیح ولی مهر باطل است، یعنی عقد خوانده است مثلًا با شش برابر مهر المثل در اینجا بگوئیم عقد صحیح است و مهر باطل و سراغ مهر المثل برویم. امّا در جواب همان حرف قبل می‌آید و باید بگوئیم

عقد هم باطل است چون:

اوّلًا: لا ضرر را با چه چیزی برطرف کنیم چون دختر به امیـد چنین مهری زن او شده است چون اگر مهر المثل را می‌خواست با بهتر از او ازدواج می‌کرد، در اینجا ضرر هست، خیار فسخ هم نیست در حالی که ازدواج اجباری را به گردن او گذاشته‌ایم، پس لا ضرر حاکم است و عقد باطل.

ثانیـاً: مسئلهٔ وحـدت مطلوب و تعـدّد مطلوب هم در اینجـا می‌آیـد یعنی از جهـتی شبیه معـاوضه است (روایـات متعـدد داشتیم) اگر بگوئیم عقـد درست است و مهر باطل و مهر المثل را بایـد بدهـد درست نیست، چون عقـد و مهر از قبیل وحدت مطلوب است، پس عقد نیز باطل است.

۳۵ ادامهٔ مسئلهٔ ۷ ... ۱۵/ ۸/ ۷۹

-۲

روایات:

متأسّفانه بعضی از بزرگان در نصوص بحث نکرده‌اند و بعضی گفته‌اند که نصّی نداریم در حالی که در این مسأله نصوص خاصه‌ای وارد شده است که دلالت بر همان چیزی دارد که قاعده دلالت داشت (نصوص بر خلاف قاعده نیست)، عجب این است که مرحوم صاحب حدائق صریحاً می‌گوید:

لم اقف لهم فی هـذا المقام علی نصّ یعتمد الیه. «۱» با این که ایشان در اخبار احاطهٔ وسیع و گسترده‌ای داشته و این نصوص هم در ابوابی است که مرتّباً روی آن بحث می‌شده، چگونه این نصوص از نظر ایشان مخفی مانده است؟

...* عن الفضیل بن یسار و محمد بن مسلم و زرارهٔ و برید بن معاویهٔ عن ابی جعفر علیه السلام قال: المرأهٔ التی قد ملکت نفسها غیر السفیههٔ و لا المولّی علیها

(مجنون و صغیر نیست)

تزویجها بغیر ولیّ جایز. «۲»

«غیر السـفیههٔ» وصف است ولی مفهوم دارد چون در مقـام احتراز است و هر قیـدی (مکـان، زمـان، لقب وصف، غایـهٔ) ... در مقام احتراز مفهوم دارد و معنیش اینست که سفیه نکاحش جایز نیست.

ان قلت: حدیث در مورد حکم «سفیههٔ» است نه سفیه، و حال آن که بحث ما در مورد سفیه است.

قلنا: در حـدیث می‌گویـد زنی که از نظر مالی محجور نیست می‌توانـد ازدواج بکنـد پس زنی که نمی‌خواهد مهریّه بدهد و محجور مـالی اسـت، و نکـاحش بایـد بـه اذن ولی باشـد و بـه طریـق اولی سـفیه کـه می‌خواهـد مهر دهـد اذن ولی می‌خواهـد. پس بـا الغاء خصوصیّت و قیاس اولویّت، حکم سـفیه استفاده می‌شود، (حدیث از نظر سند محکم و صحیحهٔ الفضلاست و دلالت آن هم واضح است).

...* موسی بن بکر

(مجهول الحال)

عن زرارهٔ، عن ابی جعفر علیه السلام قال: اذا کانت المرأهٔ مالکهٔ امرها تبیع و تشتری و تعتق و تشهد و تعطی من مالها ما شاءت

(یعنی در امور مالی رشیده است)

فانّ امرها جایز تزوّج ان شاءت بغیر اذن ولیّها، و ان لم تکن کذلک

(رشیده نیست)

فلا یجوز تزویجها الّا بامر ولیّها «۳».

«مرأة» وقتی سفیه و ممنوع از تصرف باشد «رجل» به طریق اولی از تصرّف ممنوع است (سند آن مشکل دارد).

...* عن ابی الحسین الخادم بیّاع اللؤلؤ، عن ابی عبد اللّه علیه السلام قال: سأله أبی و انا حاضر عن الیتیم، متی یجوز امره ...؟ جاز علیه امرُه الّا ان یکون سفیهاً او ضعیفاً

(ضعیف از نظر عقلی یعنی مجنون) «۴»

این شخص را ثقه دانسته‌اند و بعضی هم تشکیک کرده‌اند که اسم این شخص چیست؟ بعضی گفته‌اند «آدم ابن المتوکّل» است، اگر این همان باشد ممکن است کسی قائل به وثاقتش شود چون بعضی او را ثقه دانسته‌اند ولی عدّه‌ای از علماء رجال می‌گویند اینها دو نفر هستند و «بیاع اللؤلؤ» مجهول است و «آدم» احتمالًا ثقه است.

بنابراین حدیث وضعش از نظر سند متزلزل است چون اوّلًا «آدم» متزلزل است که ثقه است یا نه. و ثانیاً اگر هم ثقه باشد احتمال دارد که «آدم» غیر از «بیّاع اللؤلؤ» باشد پس نمی‌توان گفت که ثقه است، منتهی این روایت از نظر دلالت بر مذکّر بهتر از روایات قبل است.

البته این روایت تصریح به نکاح ندارد بلکه از اطلاق استفاده می‌شود که‌فی النکاح و غیره و فی الاموال و غیرها جاز امره؛ ولی این

---

(۱) حدائق، ج ۲۳، ص ۲۴۷.

(۲) ح ۱، باب ۳ از ابواب عقد نکاح.

(۳) ح ۶، باب ۹ از ابواب عقد النکاح.

(۴) وسائل، ج ۱۳، ح ۵، باب ۲ از ابواب حجر.

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۴۴

روایات من حیث المجموع شاهد برای بحث می‌باشد و شاید صاحب حدایق که به اینها استدلال نکرده است نه به خاطر این است که این روایات را ندیده، بلکه از این جهت است که این روایات را قابل عمل نمی‌دانسته، چون دلالت بر استقلال باکره دارد و خیلی‌ها استقلال باکره را قبول ندارند و این روایات غیر معمول بها بوده و لذا استدلال نکرده‌اند و روایت آخر هم که نکاح ندارد و شاید به أمور مالی برمی‌گردد که غالباً در مورد سفیه از امور مالی بحث می‌شود.

به هر حال ما این روایات را مؤیّد، بلکه دلیل می‌دانیم چون قائل به استقلال بودیم.

جمع‌بندی: تا اینجا قواعد و روایات را بیان کردیم، ذکر مخالفین و بررسی اسناد شد، پس این روایات می‌تواند برای ما دلیل باشد اجمالًا.

بحث موضوعی:

اشاره

حکم مسأله که سفیه و سفیهه حق نکاح ندارند، بیان گردید، اکنون در موضوع بحث می‌کنیم:

ان قلت: قاعدتاً موضوع مقدم است بر حکم چرا ابتدا از حکم بحث می‌کنید؟

قلنا: در مقام واقع و ثبوت موضوع مقدم است بر حکم (تا شرابی نباشد، حرمتی نیست) ولی در مقام اثبات باید حکم را قبل از

موضوع بحث کرد چون بایـد ببینیم در لسان دلیل حکم روی چه رفته است، پس باید عنوان را از لسان دلیل گرفت و لذا ابتدا حکم را می‌خوانیم و ادلّه و عنوان ادله را می‌بینیم بعداً سراغ موضوع می‌رویم.

سفیه و سفیهه چه کسی است؟

اشاره

«سفیه» در مقابل «رشید» است. در مورد موضوع سفاهت صاحب جواهر و مرحوم شهید در مسالک و علامه در قواعد بحث کرده‌اند و رشید و سفیه را تفسیر کرده‌اند.

صاحب جواهر می‌فرماید: «ما حقیقت شـرعیّه‌ای مثل صـلاهٔ و زکات در مورد سفیه نداریم و حقیقت لغویّهٔ مخالف عرف هم نداریم. مدار ما بر عرف است، مفهوم عرفی سفیه معلوم است بنابراین بحثی در آن نداریم.» «۱»

لکن الانصاف: مسأله خیلی واضح نیست بلکه باید آن را موشکافی کرد. مرحوم علّامه در قواعد می‌فرماید:

«فهو (رُشد) کیفیّهٌ نفسانیّهٔ تمنع من افساد المال، و صرفه فی غیر الوجوه اللائقهٔ بافعال العقلاء». «۲»

مرحوم شهید در مسالک می‌فرماید:

«لیس مطلق الاصـلاح موجبا للرشـد (اگر کسـی مـالش را خوب خرج کرد دلیل بر رشـد نیست بلکه بایـد ملکه باشـد)، بل الحقّ انّ الرّشد ملکهٔ نفسانیّهٔ، تقتضی اصلاح المال، و تمنع من افساده و صرفه فی غیر الوجوه اللائقهٔ بأفعال العقلاء». «۳»

آیا «تنمیه و تکسّب» هم شرط رشد است؟ (یعنی بهره‌برداری از مال و اضافه کردن آن هم رشد است) آیا کسی که تکسّب به مال و تنمیه نمی‌کند، سفیه است؟ گفته شده است که تنمیه شرطش نیست.

بلکه آن را که خرج می‌کند بیهوده خرج نکند.

در اینجـا دو حـدیث مرسله هم در مورد سـفاهت و رشـد داریم، یکی در مجمع البیـان مرحوم طبرسـی در تفسـیر «فَإِنْ آنَسْـتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً». «۴»

«و الاقوی أن یحمل علی انّ المراد به العقل و اصـلاح المال ... و هو المروی عن الباقر علیه السلام. «۵» (منظور عقل اقتصادی است).

و دیگری در مجمع البحرین در مادهٔ رشد از امام صادق علیه السلام نقل می‌کند

* قال الصّدوق: و قد روی عن الصادق علیه السلام ... قال: ایناس الرشد، حفظ المال. «۶»

۳۶ ادامهٔ مسئلهٔ ۷ ... ۱۶/ ۸/ ۷۹

آیا عدالت هم شرط رشد است؟ به این معنی که علاوه بر ملکهٔ اصلاح مال، عادل هم باشد که اگر عادل نباشد اموالش را به دستش نمی‌دهند، و در واقع «فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً» هم رشد اقتصادی و هم رشد اخلاقی (عدالت) را بیان می‌کند.

مشهور فقهاء عامه و خاصه عدالت را شرط نمی‌دانند؛ ولی اقلّیتی از آنان قائل به اعتبار عدالت شده‌اند.

از کسانی که عدم اعتبار از آنها نقل شده، مرحوم علّامه در تذکره است که می‌فرماید:

«قـال اکثر اهل العلم الرشـد الصَّلاح فی المال خاصّـهٔ (مقابل این است که مسائل غیر مالی دخالتی در مسئلهٔ رشـد نـدارد) سواء کان صالحاً فی دینه أو لا (بنابراین عـدالت شـرط نیست) و هو قول مالک و أبی حنیفـهٔ و احمد (از فقهاء اهل سنّت) و هو المعتمد عندی (عدم

(۱) جواهر، ج ۲۶، ص ۴۸.

(۲) قواعد، ج ۲، ص ۱۳۴.

(۳) مسالک، ج ۴، ص ۱۴۸.

(۴) آیهٔ ۶، سورهٔ نساء.

(۵) مجمع البیان، ج ۳، ص ۹.

(۶) ۸. وسائل، باب ۴۵ من ابواب احکام الوصایا، ح ۶.

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۴۵

اشتراط عدالت).» «۱»

علّامه دلائل زیادی برای عدم اعتبار عدالت می‌آورد که عمدهٔ آن دو دلیل است:

۱- در بقاء، عدالت شرط نیست، در حدوث چرا؟ یعنی اگر به یتیم پولهایش را دادیم، آیا باید تا آخر عمر عادل باشد؟ کسی این را نگفته است، پس بقاءً عدالت شرط نیست حدوثاً چرا شرط باشد.

«لانّ العدالهٔ لا یعتبر فی الرشد فی الدوام فلا یعتبر فی الابتداء» «۲»

۲- منظور از اعتبار شرط رشد در اعطاء اموال یتیم به او این است که بتواند مال خودش را حفظ کند و تعبّد نیست و اگر هدف این است، عدالت شرط نیست چون انسان در مال خودش خیانت نمی‌کند پس عدالت برای چه لازم باشد، بله اگر اموال دیگران را بخواهند به او بدهند عدالت شرط است. چون ممکن است در اموال دیگران خیانت کند.

و امّا شیخ طوسی در کتاب خلاف، در تفسیر رشد چنین می‌فرماید:

«ان یکون مصلحاً لماله، عدلًا فی دینه، فاذا کان مصلحاً لماله غیر عدلٍ فی دینه او کان عدلًا فی دینه غیر مصلح لماله، فانّه لا یدفع الیه ماله. و به قال الشافعی». «۳»

شیخ با صراحت قائل به اشتراط عدالت شد و معلوم می‌شود تنها کسی که از عامّه قائل به اشتراط عدالت شده است شافعی است بعد شیخ طوسی برای اعتبار عدالت دلیل می‌آورد و در بعضی از کلمات استدلال به قدر متیقّن می‌کند که قدر متیقّن کرده و می‌گوید: اگر هر دو باشد (عدالت و صلاح) اموال را به او می‌دهند و اگر یکی باشد نمی‌توان اموال را به او داد ولی، بعداً خواهیم گفت که جای قدر متیقّن نیست و دلیل بر عدم اعتبار عدالت داریم.

مختار ما: در اینجا سه نکته باید مورد توجّه قرار گیرد:

نکتهٔ اوّل: مسئلهٔ اعتبار عدم سفاهت قبل از اسلام و قبل از اینکه حکم شرعی باشد در عرف عقلا بوده است،

پس باید ببینیم در عرف عقلاء سفیه و رشید به چه کسی می‌گویند؟

در عرف‌به کسی می‌گویند که توان اصلاح مال را ندارد مثلًا به مادون قیمت می‌فروشد یا به مافوق قیمت می‌خرد، اموالش را به غیر ثقه می‌سپارد و اموال خود را حفظ نمی‌کند و یا اموالش را در معرض فساد قرار می‌دهد. نقطهٔ مقابل، رشید است که به قیمت می‌خرد، به قیمت می‌فروشد، به اشخاص معتبر می‌دهد و مدرک می‌گیرد و اموالش را حفظ می‌کند.

در لغت‌هم به همین معنی است منتهی کمی وسیع‌تر. راغب می‌گوید سفه در حقیقت به معنی: «قلّهٔ الوزن فی البدن بحیث لا یقدر، علی المشی متعادلًا»، بعد توسعه داده‌اند و خفّت وزن عقل را هم سفه گفته‌اند.

در شرع‌معنای سفه را روی زاویهٔ خاصی می‌برد یعنی عدم تعادل فکری در مسائل مالی. پس سفاهتی که در این ابواب گفته

می‌شود، عدم اعتدال فکر در مسائل مالی و اصلاح مال است ولی گاهی در لسان روایات و آیات سفاهت به یک معنی وسیعتری هم گفته شده است: مثل: «سَيَقُولُ السُّفَهَاءُ» ... که سفیه در معارف الهی مراد است به جهت وجود قرینه و یا در بعضی از روایات شارب الخمر را سفیه دانسته‌اند که سفیه اخلاقی مراد است ولی بحث ما در سفاهت از نظر مالی است به قرینهٔ آیهٔ شریفهٔ «فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ (۴)».

نکتهٔ دوّم: جای تردید نیست که اعتبار عدالت لازم نیست،

چون در مال خودش هوش اقتصادی می‌خواهد، نه عدالت و در مال دیگران عدالت جا دارد، چون انسان که به خودش خیانت نمی‌کند، پس اگر مصلح مال است، نیاز به عدالت ندارد و شاهد این مطلب که عدالت شرط نیست این است که ریشهٔ بحث، بناء عقلا است، که اموال سفیه را به او نمی‌دهند چون حفظ نمی‌کند. آیا عقلا که مال را به سفیه نمی‌دهند عدالت را شرط می‌دانند؟ در شرع هم امضای بنای عقلا شده است، پس شکی نیست که عدالت معتبر نیست.

مضافاً به اینکه دلیلی بر اعتبار عدالت نداریم و قدر متیقّن دلیل نمی‌شود و اطلاق «فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً» منصرف است به رشد مالی نه رشد اخلاقی گوئی که در اینجا خلطی بین رشد عقلی و رشد اقتصادی شده است مثلًا «أ لَيْسَ مِنْكُمْ رَجُلٌ رَشِيدٌ» قرینه است که رشد اخلاقی مراد است.

پس آیه بهترین قرینه است که معتبر رشد مالی است نه رشد اخلاقی.

نکتهٔ سوّم: للسفاهة و الرشد درجات و مراتب،

ممکن است کسی در مقابل پنجاه هزار تومان رشید باشد، امّا در مقابل پنج میلیون تومان رشید نباشد و یا لباس می‌تواند بخرد امّا خانه نمی‌تواند بخرد، یا زن با

---

(۱) ج ۲، ص ۷۵.

(۲) تذکرهٔ، ج ۲، ص ۷۵.

(۳) کتاب الحجر، ج ۳، ص ۲۸۳، مسألهٔ ۳.

(۴) آیهٔ ۶، سورهٔ نساء.

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۴۶

مهریّهٔ مناسب نمی‌تواند بگیرد، اگر درجات داشته باشد، ممکن است کسی در یک درجه رشید؛ ولی در درجهٔ دیگر سفیه باشد در این صورت به اندازه‌ای که رشد دارد مالش را به او می‌دهیم و در غیر آن به او نمی‌دهیم.

اضف الی ذلک: رشد اقتصادی با رشد انتخاب همسر جداست، یعنی کسی ممکن است در انتخاب همسر رشید باشد که در این صورت او را در انتخاب همسر آزاد می‌گذاریم ولی بر تعیین مهر نظارت می‌کنیم.

[مسألهٔ ۸ تزویج الولی المولّی علیه بمن له عیبٌ]

اشاره

۳۷ مسئلهٔ ۸ (تزویج الولی المولّی علیه بمن له عیبٌ ...) ۱۷/ ۸/ ۷۹

مسألة ٨: اذا زوّج الولی المولّی علیه بمن له عیب لم یصحّ و لم ینفذ سواء کان من العیوب الموجبة للخیار أو غیرها ککونه منهمکاً فی المعاصی و کونه شارب الخمر او بذی اللسان سیئ الخلق امثال ذلک، الّا اذا کانت مصلحة ملزمة فی تزویجه، و حینئذ لم یکن خیار الفسخ لا ـ له و لا ـ للمولّی علیه اذا لم یکن العیب من العیوب المجوّزة للفسخ، و ان کان منها فالظاهر ثبوت الخیار للمولّی علیه بعد بلوغه، هذا کلّه مع علم الولی بالعیب، و الّا ففیه تأمل و تردد و ان لا تبعد الصحّة مع اعمال جُهده فی احراز المصلحة، و علی الصّحة له الخیار فی العیوب الموجبة للفسخ، کما انّ للمولّی علیه ذلک بعد رفع الحجر عنه و فی غیرها لا خیار له و لا للولیّ علی الاقوی.

عنوان مسأله:

ولی برای مولّی علیه خود همسر معیوبی را تزویج می‌کند و فرق نمی‌کند از عیوبی باشد که با آن نکاح فسخ می‌شود یا عیوب دیگر دینی (نماز نخوان، شراب خوار یا در معاصی فرورفته) یا دنیوی (تندخو، بدزبان یا بی‌رحم) باشد. در اینجا سه صورت متصور است:

۱- دانسته این کار را می‌کند (می‌داند و انتخاب می‌کند) که خود دو صورت دارد:

الف) می‌داند و مصلحت است که این کار را می‌کند مثلًا خود شخص هم معیوب است و کس دیگری سراغش نمی‌آید و لذا مصلحتش این است که این همسر معیوب را برای او انتخاب کند (صورت اوّل).

ب) می‌داند و بدون مصلحت است (صورت دوّم).

۲- نمی‌دانسته و جاهلًا این کار را می‌کند یعنی همسری انتخاب کرد و نمی‌دانست که معیوب است (صورت سوّم).

البتّه این صورت را هم می‌توان دو قسم کرد مع المصلحة یا مع عدم المصلحة ولی متعرّض آن نشده‌اند.

دلیل:

ظاهراً در این مسأله نصّ خاصّی نداریم بلکه بر اساس قواعد باید بحث کنیم. بسیاری از بزرگان که متعرّض این مسأله شده‌اند استناد به هیچ نصّی نکرده‌اند، شیخ طوسی، محقق ثانی در جامع المقاصد، شهید ثانی در مسالک، صاحب حدائق و از معاصرین آیة اللّه خوئی در مستند عروة و آیة اللّه حکیم در مستمسک عروة و آقای سبزواری در مهذّب متعرض این مسأله شده‌اند و مرحوم صاحب جواهر هم مفصّلًا از آن بحث کرده است؛ ولی متعرض نصّی نشده‌اند. پس باید سراغ قواعد برویم.

اصل:

صورت اوّل (عالماً مع المصلحة):

در اینجا امام (قدس سرّه) می‌فرماید اگر مصلحت اقتضا می‌کرده خیار فسخ ندارد، نه ولی خیار فسخ دارد و نه مولّی علیه بعد البلوغ مگر اینکه از عیوب مجوّز فسخ باشد (۵ عیب در مرد، ۷ عیب در زن) که صغیر بعد از اینکه کبیر شد حق فسخ دارد. مقتضای قاعده و اصل در این مسأله صحت است، چون عقد مع المصلحة است و ظاهراً هم اختلافی در صحّت نیست، امّا چرا ولی خیار ندارد؟ چون عالم بوده است و عامد، و وقتی راضی شده دیگر خیار ندارد (فرض مسأله این است که عیوب را می‌دانسته است)، به عبارة اخری خیار عیب برای جاهل است هم در بیع و هم در نکاح، و مسلّم است که عالم به عیب، خیار فسخ ندارد و امّا مولّی علیه آیا حق فسخ دارد یا نه؟ در اینجا سه قول است: ۱- مولّی علیه هم خیار فسخ ندارد.

۲- مولّی علیه خیار فسخ دارد. ۳- در عیوب منصوصه خیار فسخ داشته باشد.

دلیل قول اوّل (مولّی علیه خیار ندارد):

کـار ولی کار مولّی علیه است مثل وکیل است بلکه بالاتر (لانّ اختیار الولی بمنزلـهٔ اختیار المولّی علیه) و در عرف عقلا ولی، نسـبت به مولی علیه من جمیع الجهات وجود تنزیلی دارد.

دلیل قول دوم (مولّی علیه خیار فسخ دارد):

دو بیان در این مسأله است:

بیان محقّق ثانی:

محقق ثانی ثبوت خیار را این گونه تفسیر می‌کند:

«انّ النّکاح یتعلّق بالشهوهٔ فلا یکون رضاه بالعیب ماضیاً علی

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۴۷

العیب» «۱» نکـاح مربـوط به علاقـهٔ جنسـی است و رضـایت ولی به عیب، دلیـل بر امضـاء عیب نیست. آیـا مفهوم مسـتدلّی برای این عبارت می‌توان پیـدا کرد؟ یعنی ولی راضـی به اصل نکاح شده است نه راضـی به عیب و رضایت به اصل نکاح، دلیل بر رضایت به عیب نیست.

جواب:

اوّلًا: فرض مـا این است که اصل عقـد را از عیب نمی‌توان جـدا کرد، چون در خارج از هم جـدا نیسـتند، یا این زن را می‌خواهی با تمام عیوبش، یا نمی‌خواهی. چون وجود واحد است، در خارج نمی‌تواند بگوید زن را می‌خواهم ولی عیبش را نمی‌خواهم و این دو قابل تفکیک نیست (وجود واحدٌ فی الخارج اصله و فرعه، المرأهٔ مع عیبها و الرجل مع عیبه) و لذا اگر عالم به عیب بود و نکاح کرد معنایش این است که راضی شده است و اگر بگوید اصلش را می‌خواستم پذیرفته نمی‌شود.

ثانیاًرضایت ولی جانشین رضایت مولّی علیه شده است. پس این بیان جامع المقاصد قابل قبول نیست.

بیان شهید ثانی:

...« امّا ثبوت الخیار فلوجود العیب الموجب له لو کان هو المباشـر للعقد جاهلًا (اگر خود مولّی علیه جاهل بود خیار داشت اینجا هم خیار دارد و علم ولی به درد نمی‌خورد) و فعل الولی له حال صغره بمنزلهٔ الجهل». «۲»

جواب: آیا این حرف درست است که صـغیر جاهل است؟ خیر علم ولی به منزلهٔ علم مولّی علیه و اقدام او، اقدام مولّی علیه و رضای او رضـای مـولّی علیه است، چطـور رضـای ولی، رضـای مولّی علیه باشـد؛ ولی علم ولیّ علم مولّی علیه نباشـد. پس بیـان ایشـان هم درست نیست.

دلیل قول سوّم (در عیوب منصوصه، خیار فسخ داشته باشد):

دلیل امام شاید تمسّک به اطلاق ادلّهٔ عیوب است، چون اطلاق ادلّه می‌گوید که بعد از کبیر شدن خیار فسخ بخاطر عیب دارد.

جواب: ادلّهٔ عیوب تخصـیص خورده است، به صورت جهل و اجماعی و مسلّم است که در صورت علم خیار ندارد، وقتی علم ولی علم مولّی علیه است در این صورت مثل این است که صغیر عالم بوده و کبیر هم که شد، حق فسخ ندارد.

نتیجه: در صورت اول نه ولی حق فسـخ دارد و نه مولّی علیه. در اینجا از تحریر الوسـیله جدا می‌شویم که نه در عیوب منصوصه و نه در عیوب غیر منصوصه حق فسخ ندارند نه ولی و نه مولّی علیه.

صورت دوّم (عالماً دون المصلحهٔ):

ظاهر مسأله این است که باطل است، چون ما مصلحت را شرط می‌دانستیم؛ ولی بعضی از بزرگان در اینجا قائل به صحت شده‌اند.

شیخ طوسی در خلاف همین مسأله را متعرّض می‌شود و می‌فرماید صحیح است:

«للاب ان یزوّج بنته الصغیرهٔ بعبد أو مجنون، أو مجذوم، أو ابرصٍ، أو خصّیٍ و قال الشافعی: لیس له ذلک، دلیلنا: انّا قد بیّنا انّ الکفاءهٔ لیس من شرطها الحریهٔ و لا غیر ذلک من الاوصاف.» «۳»

جواب: ظاهراً شیخ طوسی کفائت شرعی را با کفائت عرفی مخلوط کرده است، بحث این است که آیا فقط کفائت شرعی کافی است یا کفائت عرفی نیز لازم است، اگر مصلحت را شرط بدانیم باید قائل به کفائت شرعی و عرفی بشویم و اگر هم مصلحت را شرط ندانیم و فقط عدم المفسده را شرط بدانیم و ضرر را مضر عقد بدانیم بازهم نکاح مجذوم و مجنون و خصی ... دارای مفسده است و باطل.

۳۸ ادامهٔ مسئلهٔ ۸ ... ۱۸/ ۸/ ۷۹

صورت سوّم (جاهلًا بالعیب):

چه بسا تلاش و کوشش هم کرده ولی نفهمیده که معیوب است، آیا اصل عقد باطل است یعنی لا ینفذ و یکون فضولیاً (هرجا در این بحث باطل گفتیم یعنی فضولی است) و یا این که ولی به جهت عیب خیار فسخ دارد، یا در هنگام بلوغ خودش خیار فسخ دارد، کدام قول است؟

عبارت امام ذیل مسئلهٔ هشت این بود:

...« هذا کلّه مع علم الولی بالعیب، و الّا (مع جهل الولی)

ففیه تأمّل و تردّد و ان لا تبعد الصّحّهٔ مع اعمال جُهْدِهِ فی احراز المصلحهٔ، و علی الصّحّهٔ له (ولی)

الخیار فی العیوب الموجبهٔ للفسخ، کما انّ للمولّی علیه ذلک (ای الخیار)

بعد رفع الحجر عنه، و فی غیرها لا خیار له و لا للولی علی الاقوی».

حل مسأله از دو راه است:

۱- آیا مصلحتی که ولی باید رعایت کند مصلحت واقعیّه است و در مقام ثبوت، یا مصلحت خیالی و در مقام اثبات و ظاهر (تلاش و کوشش کرده و بجائی نرسیده و همین کافی باشد)؟

اگر گفتیم مصلحت در مقام ثبوتی است، عقد باطل است چون در

---

(۱) جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۱۴۴.

(۲) مسالک، ج ۷، ص ۱۷۱.

(۳) کتاب النکاح، ج ۴، ص ۲۸۵، مسئلهٔ ۴۹.

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۴۸

باطن مفسده داشته؛ ولی اگر مقام اثباتی باشد، عقد صحیح است (مع اعمال جهده فی احراز المصلحهٔ)

قاعدتاً مصلحت واقعی شرط است، مثلًا اگر واقعاً وکیل اشتباه کرد و چیزی را به عُشر قیمت فروخت آیا بیع او درست است؟ قطعاً درست نیست و مصلحت واقعی شرط است پس نکاح باطل است یعنی لا ینفذ و یکون فضولیاً.

ان قلت: شما که می گوئید مدار ولایت، مصلحت واقعی است چه کسی می‌تواند به واقع برسد؟

قلنا: از طریق علم و علم ما علم طریقی است نه موضوعی، گاهی علم موضوعی است یعنی اذا علمتَ المصلحهٔ فالنّکاح صحیحٌ که اگر خلاف واقع هم در بیاید نکاح صحیح است، چون علم موضوعی بوده و در موضوع اخذ شده؛ ولی در ما نحن فیه مصلحت واقعیّه را با علم طریقی کشف کرده‌ایم ثم انکشف که این علم خطا بوده و به واقع نرسیده‌ایم پس ولایت درست نبوده و باطل است.

ان قلت: اگر شک کردیم علم طریقی است یا موضوعی چه باید کرد؟

قلنا: اصل در علم، طریقیت است‌الا ما خرج بالدّلیل

۲- اگر عیب از عیوب موجب فسخ باشد، در اینجا لا ضرر جاری نمی‌شود چون ضرر با خیار فسخ جبران می‌شود (الضرر منجبر بالخیار) امّا اگر عیب دیگری باشد (آدم بی‌دین، حقه‌باز، بدزبان و) ... که هیچ یک از این عیوب موجب فسخ نیست، اگر بگوئیم عقد صحیح است در اینجا «لا ضرر» جلوی صحت عقد را می گیرد، چون خیار فسخی ندارد که جبران کند و خیار در نکاح محدود است و مثل بیع نیست، پس لا ـ ضرر در اینجا جاری می‌شود. لا ضرر در همهٔ ابواب جاری می‌شود و منحصر به چند باب نیست. گاهی ضرر نیست بلکه «حرج» است یعنی مثلًا زن با این شوهر جانش به لبش می‌رسد و شب و روز ندارد پس لا حرج هم در اینجا هست. حال اگر بگوئیم عقد صحیح است این دو بسوزند و بسازند در مقابل لا ضرر و لا حَرَج چه جوابی داریم (مرحوم امام هم قائل به صحت بود).

نتیجه: ما قائل به تفصیل شدیم، اگر از عیوبی باشد که خیار فسخ دارد عقد صحیح است و لا ضرر و لا حرج هم با خیار جبران می‌شود امّا اگر از عیوبی باشد که خیار فسخ ندارد باید بگوئیم عقد باطل است. (لا ینفذ فیکون فضولیاً)

[مسئلة ۹ (استحباب استیذان المرأة من الولی)]

اشاره

۳۹ مسئلة ۹ (استحباب استیذان المرأة من الولی ...) ۲۱/ ۸/ ۷۹

مسألة ۹: ینبغی بل یستحب (ینبغی جنبهٔ عقلائی و یستحب استحباب شرعی مسأله است)

للمرأة المالكة أمرها (تعبیر به المالكة امرها به جهت وجود مبانی مختلف است که در مسئلهٔ دوم بیان شد)

أن تستأذن اباها أو جدّها و ان لم یکونا فأخاها و ان تعدّد الاخ قدّمت الاکبر.

عنوان مسأله:

هر زنی که استقلال در نکاح دارد مستحب است که از ولی خود در امر ازدواج اجازه بگیرد. این یک مسئلهٔ استحبابی و یکی از آداب عرف عقلا و شرع مقدّس اسلام است.

موضوع مسأله:

«المرأة المالكة امرها» است که مراد استقلال در امر نکاح است (یا باکره است و عقیدهٔ ما این بود که باکرهٔ رشیده استقلال دارد و یا اگر استقلال باکرهٔ رشیده را قائل نباشیم در این صورت مراد ثیبه است که استقلال دارد به بیانی که در مسئلهٔ دو تحریر الوسیله گذشت).

اقوال:

از نظر اقوال بسیاری از فقهاء متعرض این مسأله شده‌اند: مرحوم محقق در شرایع، صاحب جواهر در ذیل مسئلهٔ ۱۱ از لواحق باب عقد نکاح، مرحوم صاحب عروه در مسئلهٔ ۱۴ از مسائل اولیاء العقد و محشّین عروهٔ هم تا آنجا که اطلاع داریم مخالفتی ندارند، پس مخالفی در مسأله نداریم، به خصوص که مستحبی است که با عرف عقلا هم سازگار است.

ادلّه:

الف- دلیلی عقلی:

اشاره

این مسأله دو دلیل عقلی دارد:

دلیل اوّل: مقتضای رعایت ادب

مقتضای ادبی است که بایـد بین پـدر و دختر باشـد حتّی پسـر هم مسـتحب است اجازه بگیرد، پس ادب اقتضا می‌کنـد که فرزند در مسائل مهمّ زندگی اجازه بگیرد و چه مسئله‌ای مهمتر از مسئلهٔ ازدواج؟ بخصوص اینکه مسائل مربوط به ازدواج فرزندان در زندگی پـدر و مـادر و برادران تـأثیر می‌گـذارد، اگر خـوب در بیایـد اثر مثبت و اگر بـد در بیایـد اثر منفی دارد. پس پـدر چگـونه می‌تواند بی‌تفاوت باشد و حال آنکه مفاسد و مصالح زندگی فرزندان به زندگانی پدر و مادر سرایت می‌کند، بنابراین یک ادب تشریفاتی و خشک و خالی نیست، بلکه ادبی است که منشأ اثر است.

دلیل دوم: استفاده از تجارب

پدر تجاربی دارد هم در ازدواج خودش و هم در ازدواج
کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۴۹
نزدیکان، که می‌تواند برای فرزند روشنگر باشد و فرزند مستغنی از آن نیست. (در جواهر اشاره‌ای به آن شده است)
اینهـا از قبیل اسـتحسانات ظنّی نبوده، بلکه از مسـتقلّات عقلی است (مثل حُسن احسان و قبـح ظلم) و بـدون اسـتدلال می‌توان آنها را درک کرد و «کلّما حکم به العقل، حکم به الشرع» پس می‌توانیم از این دو دلیل عقلی، استحباب شرعی استفاده کنیم.

ب- دلیل نقلی:

روایـات متعـدّدی در ایـن مسـأله وارد شـده است، ظـاهر روایـات می‌گویـد که واجب است اذن بگیرد، منتهی مـا بین این روایـات و روایات استقلال (که در مسئلهٔ دوم گذشت) جمع کرده و حمل بر استحباب می‌کنیم.
...* عن ابن ابی یعفور، عن ابی عبد اللّه علیه السلام قال: لا تنکح ذوات الآباء من الابکار الّا باذن آبائهنّ «۱»
. ظاهر روایت این است که واجب است باکرهٔ رشیده بدون اذن ازدواج نکند.
...* عن الحلبی، عن ابی عبد اللّه علیه السلام قال: سألته عن البکر
(مراد صغیره است به قرینهٔ اذا بلغت مبلغ النساء)
اذا بلغت مبلغ النساء أ لها مع أبیها امر؟ فقال: لیس لها مع أبیها امر ما لم تثیب «۲»
. این روایت هم از نظر سند معتبر است.

...* عن ابن بكير، عن رجل

(مرسله است)

، عن ابى عبد اللّه عليه السلام قال: لا بأس ان تزوّج المرأة نفسها اذا كانت ثيباً بغير اذن أبيها اذا كان، لا بأس بما صنعت «۳»

. مفهوم قضيّهٔ شرطيّه اين است كه اگر باكره باشد بدون اذن آنها نكاح نكند.

روايات ديگرى غير از اين موارد هم داريم.

ظاهر اين روايات مى‌گفت كه واجب است باكرهٔ رشيده بدون اذن ازدواج نكند و در مسئلهٔ دوم رواياتى داشتيم كه استقلال را ثابت مى‌كرد، چه كنيم؟ در ابواب مختلف فقهى مواردى داريم كه دو دسته روايت است يك دسته مجوّزه كه نص در جواز فعل است و طايفهٔ ديگر ظهور در منع دارد كه در چنين مواردى جمع بين نص و ظاهر به اين است كه حمل بر استحباب مى‌كنيم و اين جمع عرفى در بين فقها معمول است هم در ابواب عبادات و هم غير عبادات.

اگر پدر و جدى ندارد مستحب است از برادر اجازه بگيرد و اگر متعدّد باشند اول از برادر بزرگتر اجازه بگيرد.

...* عن ابى بصير، عن أبى عبد اللّه عليه السلام

(حديث مرسله است به دليل اينكه در سلسلهٔ روات حديث عن البرقى أو غيره دارد)

قال:

سألته عن الذى بيده عقدة النكاح، قال: هو الاب و الاخ و الرجل يوصى اليه «... ۴»

روايت مى‌فرمايد عقد نكاح به دست اينهاست ظاهرش اين است كه اذن واجب است ولى در هنگام جمع بين اينها و روايات استقلال حمل بر استحباب مى‌شود.

...* عن محمد بن مسلم كلاهما عن ابى جعفر عليه السلام: مثله «۵»

(كه عين روايت قبل را نقل كرده‌اند).

...* عن بعض اصحابنا، عن الرضا عليه السلام قال: الاخ الاكبر بمنزلة الاب. «۶»

اضف الى ذلك: دو دليل عقلى كه در مورد اب آورديم در مورد اخ هم هست زيرااوّلًاآداب اجتماعى اقتضا مى‌كند كه برادر در جريان باشد و اگر بى‌اطّلاع او كارى كنند، باعث رنجش مى‌شود و خوب و بد زندگى خواهر در زندگى برادر تأثير دارد و زندگى برادر و خواهر به هم گره خورده است وثانياًمسئلهٔ تجارب هم هست چون پسرها در جامعهٔ بازترى زندگى مى‌كنند و تجربه‌شان بيشتر است و اگر بيشتر هم نباشد انسان از كسى كه از نظر تجربه با او مساوى است كسب مشورت كند، خوب است.

در ذيل اين مسأله، صاحب جواهر مى‌فرمايد: استحباب از روايت در نمى‌آيد بلكه «كراهة الاستبداد» «۷» از روايت استفاده مى‌شود، و بين اين دو تفاوت است و هر چيزى كه مكروه شد، ضدّش جزء مستحبات نيست مثلًا خوردن غذاى داغ مكروه است؛ ولى خوردن غذاى سرد مستحب نيست. در ما نحن فيه روايت از استبداد نهى كرده است و بايد آن را حمل بر كراهت كنيم، صاحب حدائق هم به اين نكته توجّه كرده است كه از روايات ناهيه كراهت استبداد استفاده مى‌شود نه استحباب استيذان.

صاحب جواهر در ادامه نكته‌اى مى‌گويد:

«اللّهمَّ الّا ان يدّعى استفادهٔ ذلك عرفاً من امثال تلك الخطابات» «۸» وقتى گفته‌اند استبداد مكروه است يعنى استيذان مستحب است و بين اين دو عرفاً ملازمه است.

---

(۱) ح ۵، باب ۶ از ابواب عقد نكاح.

(۲) ح ۱۱، باب ۳ از ابواب عقد نكاح.

(۳) ح ۱۴، باب ۳ از ابواب عقد نکاح.

(۴) ح ۴، باب ۸ از ابواب عقد نکاح.

(۵) ح ۵، باب ۸ از ابواب عقد نکاح.

(۶) ح ۶، باب ۸ از ابواب عقد نکاح.

(۷) جواهر، ج ۲۹، ص ۲۲۹.

(۸) جواهر، ج ۲۹، ص ۲۲۹.

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۵۰

نکته:

دو دلیل عقلی که قبلًا بیان کردیم مؤیّد استحباب است زیرا استیذان از علامات ادب و مؤید استحباب است و هکذا استفادهٔ از تجارب هم مؤید استحباب است، چون امر کرده‌اند ما را به استفاده از تجارب دیگران، فعلی هذا آن دو دلیل مؤید می‌شود که اگر در ما نحن فیه علما گفته‌اندیستحب الاستیذاناز باب ملازمه بوده است.

[مسألهٔ ۱۰ (هل للوصی ولایهٔ فی النکاح)]

اشاره

۴۰ مسألهٔ ۱۰ (هل للوصی ولایهٔ فی النکاح ...) ۲۳/ ۸/ ۷۹

مسألهٔ ۱۰: هل للوصیّ أی القیّم من قبل الاب او الجد ولایهٔ علی الصغیر و الصغیرهٔ فی النّکاح؟ فیه اشکال، لا یترک الاحتیاط. (و لو مصلحت هم باشد وصی حق دخالت در ازدواج را ندارد).

عنوان مسأله:

آیا بحث از وصیّی است که دایرهٔ وصایتش عام بوده یا وصیّی که دایرهٔ وصایتش محدود بوده است؟ ما در جائی بحث می‌کنیم که وصی من جمیع الجهات باشد و اگر فقط وصیّ در اموال باشد که دعوائی ندارد، پس تعبیر به «قیّم» تعبیر خوبی است، زیرا قیّم من جمیع الجهات است.

اقوال:

مرحوم محقّق نراقی می‌فرماید:

«فی المسألهٔ اقوال: الاوّل نفی الولایهٔ مطلقا، اختاره فی موضع من المبسوط و الشرائع و النافع و القواعد و التذکرهٔ و اللمعهٔ و الکفایهٔ، بل هو المشهور کما فی المسالک (ولی مسالک «۱» تعبیر به اشهر دارد) و الروضهٔ. الثانی: ثبوتها (ای الولایهٔ) کذلک (ای مطلقا) و هو للمبسوط ایضاً و عن المختلف و شرح الارشاد للشهید و الروضهٔ. الثالث: ثبوتها اذا نص الموصی علی النکاح و عدمه بدونه و هو المحکی عن الخلاف و الجامع و المحقق الثانی و غیرهم. «۲»

(تفصیل بین جائی که موصی تصریح کند که تو وصی هستی حتّی در نکاح اما اگر تصریح نکند حق ندارد).

اصل در مسأله مطابق کدام قول است؟

اصل، عدم ولایت است چون هرکس مستقل آفریده شده و ولایت دلیل می‌خواهد و لذا در ولایت فقیه هم دلیل می‌آوریم و بعبارهٔ اخری، سابقاً گفتیم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» یعنی «اوفوا بعقودکم» اگر صغیر بعد از بلوغ دید وصیّ پدرش، برایش زن گرفته می‌تواند بگوید ولایت او در نکاح ثابت نیست زیرا «عقودکم» شامل اینجا نمی‌شود چون شبهه مصداقی عموم اوفوا است، پس اصل عدم ولایت وصی در نکاح است و اگر بخواهیم ولایت را ثابت کنیم نیاز به دلیل دارد. و اصل در مسأله مطابق قول اوّل است (نفی الولایهٔ).

۴۱ ادامه مسئلهٔ ۱۰ … ۲۴/ ۸/ ۷۹

ادلّه قائلین به ثبوت الولایهٔ (قول دوم مختار ما):

۱- مفهوم وصیّت: (دلیل اصلی)

این مطلب را به چند تعبیر می‌توان بیان کرد:

تعبیر اوّل: آیا وصی «من یقوم بامر الاموال» است یا محتوای وصیت یک معنی عامی دارد یعنی «یقوم مقام الاب فی جمیع اموره» به این معنی که پدر می‌گوید من پایم از این دنیا کشیده می‌شود تا خودم بودم مراقب اموال و ازدواج و تحصیل و بیماری و… بچه‌هایم بودم، اکنون تو به جای من آنها را سرپرستی کن، معلوم می‌شود که او فقط وصیّ در اموال نیست، خصوصاً که تعبیر به «قیّم» هم بود و قیّم یعنی «من یقوم مقام الاب».

تعبیر دوم: آیا فلسفهٔ وصایت، فقط حفظ اموال است یا حفظ اولاد من جمیع الجهات؟ ظاهر این است که فلسفهٔ آن حفظ اولاد است من جمیع الجهات، نکاح را کنار می‌گذاریم در بیماری یا تحصیل چه کسی باید دخالت کند؟ آیا وصیّ یا قیّم می‌تواند بگوید من فقط در اموال مأمور هستم؟ اگر وصی در این امور دخالت نکند خیانت کرده و مردم او را مسئول می‌دانند.

تعبیر سوم: وصایت قبل از اینکه در شرع بیاید در بین عقلاء بوده است و شارع هم آن را امضاء کرده است نه تأسیس (مثل بیع، نکاح، هبه و) … و عقلا حقیقت وصایت را مخصوص اموال نمی‌دانند بلکه هر نیاز و ضرورتی برای طفل باشد وصیّ باید آن را انجام دهد.

تعبیر چهارم: اگر بچه غیر از اموال حاجتی پیدا کرد آیا شرع برای این بچه مسئولی معیّن کرده است یا نه؟ مسئول آن یا حاکم شرع است یا وصیّ و قیّم؟ اگر بگوئید بچه مسئول ندارد کسی باور نمی‌کند که اسلام چنین خَلَئی را در سرپرستی ایتام قائل شود و اگر بگوئید سرپرست حاکم شرع است، اتفاقاً اگر پیش حاکم شرع هم بروند تعیین قیّم می‌کند. در ما نحن فیه پدر تعیین قیّم کرده آیا پدر مقدم است یا حاکم شرع؟ مسلماً پدر مقدم است، پس علی القاعده وصی از جانب ولی مقدم است بر حاکم شرع.

این چهار تعبیر از مفهوم وصایت استفاده می‌شود و در پایان صغری و کبری را می‌چینیم:

---

(۱) ج ۱، ص ۴۵۳.

(۲) مستند، ج ۱۶، ص ۱۳۸.

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۵۱

صغری: پدر این شخص را بر تمام امور، وصیّ قرار داده است (نصب الاب الوصی لجمیع منافع و مصالح الایتام).

کبری: وصایت را وصیّ قبول کرده است و وصایت از عقود است و أَوْفُوا بِالْعُقُودِ شامل او می‌شود، زیرا در حیات موصی قبول وصایت از ناحیهٔ وصیّ شرط است.

نتیجه: وصی در تمام امور دخالت می‌کند و حافظ تمام منافع بچه است و به مقتضی أَوْفُوا بِالْعُقُودِ شارع او را قرار داده تا آن بچه را

سرپرستی کند، پس باید به عقد خود وفا کند و در تمام امور بچه دخالت کند، نه فقط در اموال او.

ان قلت: ولایت پدر در حال حیات قابل واگذاری نیست پس چگونه بعد از موت می‌خواهد این ولایت را واگذار کند.

قلنا: در حال حیات دلیلی برای جواز واگذاری نداریم ولی در حال ممات دلیل شرعی داریم (عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و عموم ادله وصیت)

۲- آیات:

آیهٔ اوّل: «فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ «۱»»

این آیه از تغییر وصیّت نهی می‌کند و می‌گوید هر کسی که وصیت را تغییر دهد گناهش بر گردن اوست و خداوند شنوا است و فرض ما هم این است که مفهوم وصیّت عام است، پس در این صورت نیاز به صغری و کبری و أَوْفُوا بِالْعُقُودِ نداریم و آیه خودش دلالت دارد.

ان قلت: آیه فقط مخصوص اموال است و آن هم برای والدین به قرینهٔ آیهٔ قبل «كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْراً الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَ الْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ» گفته شده که «كُتِبَ» به معنای وجوب نیست بلکه مستحب است (ذاتاً وصیّت مستحب است) مگر اینکه دینی به گردن او باشد و «خَيْراً» در اینجا به معنی مال است، مال بهترین خیرات و بدترین شرور است، پس به این قرینه منظور وصیّت مالی است و آن هم در ناحیهٔ والدین.

قلنا: اوّلًا: اگر چه آیه در مورد اموال است؛ ولی مخصص نیست و کبری (تغییر وصیت) عام است «فَمَنْ بَدَّلَهُ» یعنی «فمن بدل الوصیهٔ» ثانیاً: قرآن می‌گوید «بِالْمَعْرُوفِ» اساس، معروف بودن وصیّت است و مال خصوصیّت ندارد. پس معروف باشد یعنی کار پسندیده‌ای باشد و نکاح هم جزء معروف است، همچنان که مداوا و تحصیلات هم جزء معروف استثالثاً: در کتاب الوصایا «۲» به این آیه بطور عام استدلال شده است و اختصاص به موردی ندارد و دلیل بر این است که آیه عام است. رابعاً: اشکال والدین وارد نیست چون بعد از آن «اقربین» را هم دارد.

پس این آیه من حیث المجموع دلالتش خوب است و علما به به فمن بدّله به طور عام در تمام امور استدلال می‌کنند و در تمام وصیّت‌نامه‌ها می‌آورند.

البته شأن نزول آیه در مورد اموال است ولی شأن نزول در اینجا مخصّص نمی‌تواند باشد.

آیهٔ دوم: «وَ يَسْئَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَى قُلْ إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ» «۳»

«اصلاح» عام است و اصلاح اموال، ابدان، تحصیل، نکاح، همه را شامل می‌شود عموم این آیه از آیهٔ قبلی روشن‌تر است.

ان قلت: همه مخاطب آیه هستند، آیا شما به همه اجازه می‌دهید که در کار یتامی دخالت کنند؟

قلنا: بعضی از آیات قرآن خطابات عامّه‌ای دارد؛ ولی مسئول معیّنی برایش تعیین شده است، مثلًا در «وَ السَّارِقُ وَ السَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا» «۴» آیه عام است؛ ولی آیا هر کسی می‌تواند دست دزد را قطع کند؟ خیر، قطعاً مسئول دارد و آن حاکم شرع است. یا مثلًا در «الزَّانِيَةُ وَ الزَّانِي فَاجْلِدُوا» «... ۵» آیه عام است؛ ولی مخاطب آن حکومت است. در ما نحن فیه هم همین گونه است و مرجع ضمیر در این موارد در بین عقلاء معلوم است و در عین این که عام است و همه را شامل می‌شود ولی برای آن مسئول معین شده است.

۴۲ ادامهٔ مسئلهٔ ۱۰ ... ۲۵/ ۸/ ۷۹

۳- روایات:

روایت، از أبو بصیر، سماعهٔ و حلبی نقل شده، پس در واقع سه روایت است.

...* عن ابی عبد اللّه علیه السلام فی قول اللّه عزّ و جلّ: «وَ إِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَ قَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِیضَهً

(تعیین مهریه)

فنصف ما فرضتم الّا ان یعفون

(زنها)

او یعفوا الّذی بیده عقدهٔ النّکاح» «۶»

شیرازی، ناصر مکارم، کتاب النکاح (مکارم)، ۶ جلد، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۲۴ ه ق کتاب النکاح (مکارم)؛ ج۲، ص: ۵۱

(سؤال شد که گره نکاح دست کیست)

قال: هو الاب أو الاخ او الرجل

---

(۱) آیهٔ ۱۸۱ سورهٔ بقره.

(۲) وسائل، ج ۱۳، باب ۳۲ از کتاب الوصایا.

(۳) آیهٔ ۲۲۰ سورهٔ بقره.

(۴) آیهٔ ۳۸ سورهٔ مائده.

(۵) آیهٔ ۲، سورهٔ نور.

(۶) آیهٔ ۲۳۷، سورهٔ بقره.

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۵۲

یوصی الیه، و الذی یجوز امره فی مال المرأهٔ فیتباع لها فتُجیز

(و یتّجر)

فاذا عفا فقد جاز. «۱»

این شخص چهارم که در روایت با

«الذی یجوز امره »...

معرفی شده است وکیل تام الاختیار در امر مالی است که از جملهٔ امور مالی مَهر است. این روایت اگر همه اسنادش معتبر نباشد بعضی از آن معتبر است. دلالت و سند روشن است.

ان قلت: در روایت کلمهٔ «اخ» وجود دارد و برادر به اجماع علماء ما ولایت ندارد، پس چطور می‌توان به حدیث عمل کرد، در حالی که تجزیه هم ممکن نیست؟

قلنا: بهترین توجیه این است که بگوئیم برادری مراد است که وکیل شده است، (تفویض اختیار به او شده).

ان قلت: آیا قرینه‌ای بر چنین معنی وجود دارد؟

قلنا: دو قرینه داریم.

قرینهٔ اوّل: ذیل روایت است که وکیل را می‌گوید منتهی وکیل بیگانه، و این وکیلی است که برادر هم است. ولایت و وکالت با هم می‌تواند در یک روایت جمع شود و منافاتی با وحدت سیاق ندارد.

قرینهٔ دوم:

...* عن اسحاق بن عمار قال: سألت جعفر بن محمد عن قول اللّه:

«إِلّا أَنْ يَعْفُونَ» قـال: المرأة تعفو عن نصف الصـداق، قلت: «أَوْ يَعْفُوَا الَّذِى بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكاحِ» قال: ابوها اذا عفا جاز له، و اخوها اذا كان يقيم بها

(برادری كه قيّم است)

و هو القائم عليها فهو بمنزلة الاب و يجوز له، و اذا كان الاخ لا يهتمّ بها و لا يقوم عليها لم يجز عليها امره «۲»

. پس برادر دو حالت دارد يک برادر

«يقوم بامرها»

است كه اختيـار خواهر دست اوست و يـک برادر «لا يقوم بامرها» است كه اختيار خواهر به دست او نيست. سـند اين روايت مرسله است.

تفسير عياشـی روايات خوبی دارد؛ ولی برای اختصار، سـند روايات را حـذف كرده و روايت مرسـله شـده است؛ ولی برای بحث ما مؤيـد می‌شود. پس روايت قبـل را نجـات داديم و آمـدن اخ در آن روايت، روايت را از كـار نيانـداخت و دلالـت روايت بر ولاـيت وصی خوب است.

...* عن ابی بصـير، عن ابی عبد اللّه عليه السلام قال: سألته عن الذی بيده عقدة النكاح، قال: هو الاب و الاخ و الرجل يوصی اليه، و الّذی يجوز امره فی مال المرأة فيبتاع لها و يشتری فأیّ هؤلاء عفا فقد جاز. «۳»

(احتمال دارد كه اين روايت همان روايت أبو بصير باشد كه در ابواب مهور ذكر شده است).

...* عن محمّد بن مسلم كلاهما، عن ابی جعفر عليه السلام مثله الّا انّه قال: فأیّ هؤلاء عفا فعفوه جايز فی المهر اذا عفا عنه. «۴»

پس در اين مسأله ۴ روايت (روايات أبو بصير، سماعة، حلبی و محمد بن مسلم) داريم كه همگی معتبر است.

نتيجه: با آيات و روايات و سـيرهٔ عقلا در مفهوم وصايت ثابت كرديم كه وصـی بر صـغار ولايت دارد مطلقا حتی در امر نكاح (قول دوم).

۴۳ ادامهٔ مسئلهٔ ۱۰ ... ۲۸/ ۸/ ۷۹

ادلّه عدم ولايت (قول مشهور يا اشهر)

۱- اصل:

اصل «عدم ولاية احد علی احد» است كه اين اصل را قبلًا اثبات كرديم و گفتيم كه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» يعنی «عقودكم» و عقودكم شامل اينجا نمی‌شود و عقد وصی واجب الوفاء بر صغار نيست زيرا بايد ولايت وصی ثابت شود تا وفاء بر عقد وصی لازم باشد.

۲- روايات:

در اينجا چند حديث داريم كه مضمون روايت آخر با بقيّه متفاوت است:

...* عن محمد بن مسلم

(صحيح السند)

، عن ابی جعفر عليه السلام فی الصّبی يتزوّج الصّبيّة يتوارثان؟

(سؤال از ارث است كه ارث هم لازمهٔ نكاح است و توارث فرع بر صحّت نكاح است)

فقال: اذا كان ابواهما اللّذان زوّجاهما، فنعم

(از اذاى شرطيّه مفهوم گرفته‌اند كه ديگرى نمى‌توانند عقد كنند، يعنى اگر وصى عقد كرده باشد عقد صحيح نيست و ارث نمى‌برند)

قلت: فهل يجوز طلاق الاب؟ قال: لا. «۵»

پس از روايت استفاده مى‌شود كه اگر پدر سبب ازدواج باشد درست است و غير از او كسى نمى‌تواند و جد را هم از باب توسعه در مفهوم داخل مى‌كنيم.

...* عن محمد بن مسلم

(كه اين روايت هم به همان مضمون روايت قبل است و ظاهراً همان روايت است كه تقطيع شده است)

قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن الصّبى يزوّج الصّبيّة؛ قال: ان كان

---

(۱) وسايل، ج ۱۵، ح ۱، باب ۵۲ از ابواب مهور.

(۲) ح ۵، باب ۵۲ از ابواب مهور.

(۳) ح ۴، باب ۸ از ابواب عقد نكاح.

(۴) ح ۵، باب ۸ از ابواب عقد نكاح.

(۵) ح ۱، باب ۱۲ از ابواب عقد نكاح.

كتاب النكاح (مكارم)، ج ۲، ص: ۵۳

ابواهما اللّذان زوّجاهما فنعم جايز و لكن لهما الخيار اذا ادركا «... ۱»

...* عن عبيد بن زرارة، عن ابى عبد اللّه عليه السلام قال: سألته عن الصبىّ يزوّج الصّبية هل يتوارثان؟ قال: ان كان ابواهما هما اللّذان زوّجاهما فنعم، قلنا: يجوز طلاق الاب؟ قال: لا. «۲»

استدلال به اين روايات از دو جهت قابل مناقشه است:

۱- وصى به منزلهٔ الاب است و وصى اب مثل وكيلِ اب است، آيا اگر وكيل اب صغار را ازدواج دهد باطل است؟ خير، پس حديث مى گويد

الاب و كل من كان بمنزلهٔ الاب، و الوصى بمنزلهٔ الاب.

۲- حصر در روايت حصر اضافى است يعنى نسبت به بيگانه‌ها و لذا جد را نگفته است در عين اين كه جد ولايت دارد. حتّى در صورتى كه وصى و قيم نداشته باشد و ضرورت هم ايجاب كند، حاكم شرع ولايت بر او دارد ولى روايت آن را هم نگفته است. پس حصر، اضافى و در مقابل بيگانگان است و حاكم و وصىّ و وكيل بيگانه نيستند.

نتيجه: اين احاديث دلالت ندارند.

...* عن محمّد بن اسماعيل بن بزيع قال: سأله رجل

(روايت مضمره است مگر اينكه بگوئيم ابن بزيع از اصحاب امام رضا عليه السلام است و هرچه را نقل كرده از اوست)

عن رجلٍ مات و ترك أخوين و ابنهٔ و البنت صغيرهٔ فعمد

(اقدام كرد)

احد الاخوين الوصىّ فزوّج الابنهٔ من ابنه ثمّ مات ابو الابن المزوّج، فلمّا أن مات قال الآخر: اخى لم يزوّج ابنه فزوّج الجاريهٔ من ابنه،

فقیل للجاریة: ایّ الزوجین احبّ الیك الاوّل أو الآخر؟

(یعنی دختر بزرگ شده است و به او گفته‌اند که کدام را امضاء می کنی؟)

قالت: الآخر

، (تا اینجا دو عقد خوانده شده است یکی از ناحیهٔ وصی یعنی برادر اوّل و دیگری از ناحیهٔ غیر وصی یعنی برادر دوّم)

ثم انّ الاـخ الثانی مات و للاخ الاوّل ابن اکبر من الابن المزوّج، فقال للجاریـهٔ: اختاری ایهما احبّ الیك الزوج الاوّل او الزوج الآخر.

فقال علیه السلام: الروایهٔ فیها انّها للزوج الاخیر، و ذلک إنّها قد کانت ادرکت حین زوّجها

(در موقع تزویج دوّم بالغ بوده است)

و لیس لها ان تنقض ما عقدته بعد ادراکها «۳».

این روایت می گویـد نه عقـد برادر اوّل درست بوده است و نه عقد برادر دوم و بعد از بلوغ آن که انتخاب کرده است درست است، پس روایت می‌رساند وصیّ حق ندارد، و قبل از بلوغ هیچ عقدی صحیح نبوده حتی عقد وصیّ، این روایت حال و هوای بهتری دارد و مفهوم نیست بلکه صریح است.

جواب: این روایت قابل خدشه است

اوّلًا: اضطراب و اضمار

اضـطراب در متن دارد (الروایـهٔ فیهـا یعنی چه؟ روایت چه کسـی، پیـامبر، امـام رضـا، دیگران، چه کسـی مراد است؟) همچنین تعبیر «الروایهٔ فیها» شبیه عبارات معصومین نیست اضمار هم دارد (سأله مراد کدام امام است؟)

ثانیاً: اتّهام وصیّ

احتمال دارد که عدم صـحهٔ عقد وصـی به این جهت باشد که وصی متهم است که مصلحت موصی له را در نظر نگرفته است، چون برای پسر خودش عقد کرده است پس عقد وصی زیر سؤال می‌رود.

ثالثاً: عدم وسعت دایرهٔ وصایت

شاید این وصی فقط وصی در مال بوده چون بسیاری از اوصیاء، اوصیاء مال هستند و لااقلّ شك داریم که دایرهٔ وصایت چقدر بوده آیا فقط در اموال بوده یا شامل نکاح هم می‌شده است، اصل عدم این ولایت است (جواب مرحوم خوئی در مستند عروه)

سلّمنـا این احـادیث بـا اشـکالاتی که بیان شـد دلالت داشـته باشـد در مقام معارضه و تعارض این روایات با روایات قبلی (که اثبات ولایت برای وصی در امر نکاح می کرد) احادیث قبل اظهر و اقوی است.

بنابراین قول قبلی را انتخاب می کنیم.

دلیل قول به تفصیل (قول سوم):

اشاره

قول سوم می گوید: در صورتی که تصریح به نکاح کرده باشد عقد درست است، چون داخل در «فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مٰا سَمِعَهُ »... می‌شود یعنی تغییر وصیّت جایز نیست و در جائی که تصریح نکرده است باید بگوئیم روایات ناهیه نهی می کند.

جواب: بحث ما در جائی است که ظهور عرفی در عموم داشته باشد (الاموال و النکاح). اگر ظهور حجّت استما الفرق بین التصریح فی النکاح او الظهور فی عموم النکاح و الاموالهر دو داخل در فمن بدّله می‌شود.

ریشهٔ نزاع:

ظاهراً نزاع بین بزرگان در اینجا لفظی است آنهائی که می گویند عقد وصی برای صغیر صحیح نیست می گویند دامنهٔ وصایت شامل نکاح نمی‌شود و فقط اموال را می گیرد و لذا گفته‌اند که اگر اب تصریح کند قبول است و آنهائی که می گویند ولایت وصی در عقد جایز است جائی را می گویند که وصایت عمومیت داشته باشد.

(تصریح یا اطلاق عموم).

---

(۱) ح ۸، باب ۶ از ابواب عقد نکاح.

(۲) وسایل، ج ۱۵، ح ۲ باب ۳۳ از ابواب مقدمات طلاق.

(۳) ح ۱، باب ۸ از ابواب عقد نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۵۴

جمع‌بندی: اگر تصریح کند به نکاح یا وصایت عام باشد در این صورت وصی می‌تواند در امر نکاح دخالت کند.

۴۴ ادامهٔ مسئلهٔ ۱۰ ... ۲۹/ ۸/ ۷۹

بقی هنا شیء: آیا وصی ولایت بر مجنون دارد؟

اشاره

جنون یا متصل به صغر است که از بچگی دیوانه بوده‌بلغ فاسد العقل، و یا اینکه بعد از بلوغ فاسد العقل شده است، این قسم نیز خود دو قسم است: در حیات اب مجنون شده است (پسر عاقلًا بالغ شده و بعد از بلوغ در حیات اب مجنون شد) و یا این که پدر که زنده بود بچه عاقل و بالغ بود و بعد از ممات پدر فاسد العقل شده، پس مجموعاً سه قسم است. امام اسمی از مجنون نبرده است.

نکته: مباحثی که در مورد مجنون داریم نه فقط برای نکاح، بلکه برای ابواب مختلف است و ریشه‌های بحث در اینجا حل می‌شود.

اقوال:

مرحوم محقق یزدی در عروهٔ می‌فرماید:

و للوصی ان یزوّج المجنون «۱» (وصی ولایت بر مجنون دارد، بدون اینکه تفصیلی دهد) ولی از کلمات دیگران استفاده می‌شود که ولایت وصی بر مجنون برای قسم اوّل است (من بلغ فاسد العقل).

مرحوم صاحب جواهر می‌فرماید:

للوصیّ أن یزوّج من بلغ فاسد العقل (غیر فاسد العقل را نمی گوید) اذا کان به ضرورهٔ الی النکاح (نیاز به نکاح داشته باشد) بل نفی بعضهم الخلاف عن ثبوتها فی ذلک (مسأله اجماعی است که وصی ولایت بر مجنون بالغ فاسد العقل دارد) بل عن ظاهر الکفایهٔ الاجماع علیه «۲». ظاهر عبارت جواهر این است که محل بحث جنون متصل است.

مرحوم آیهٔ اللّه حکیم در مستمسک وقتی به شرح کلام عروهٔ می‌رسد می‌فرماید کلام عروه مطلق است در حالی که ظاهر کلام اصحاب اختصاص ولایت وصی به جنون متصل است.

از مجموعهٔ گفتگوها استفاده می‌شود که در جنون متّصل بحثی نیست؛ ولی در جنون منفصل بحث و تأمل است؛ زیرا نسبت به خود اب و جد هم بحث است که آیا بر مجنون منفصل ولایت دارند یا نه؟

بعضی می گوینـد حتّی اب و جـد هم ولایت ندارند و باید سـراغ حاکم شـرع رفت پس وقتی پدر ولایت ندارد وصـی پدر به طریق اولی ولایت ندارد.

دلیل:

اشاره

در این مسأله نصّ خاصّی نداریم، ما هستیم و مقتضای قواعد و اصل هم عدم ولایت است باید دید دلیل بر ولایت چیست؟ از همان راهی که در وصی بر صغار داشتیم راه را در مجنون طی می کنیم.

الف– جنون متصل به صغر:

پـدری از دنیا می‌رود و مجنونی دارد وصـیت می کنـد و قیّمی برای او قرار می‌دهـد اگر ظاهر وصـیت عام باشد وصـی، جانشـین اب می‌شود و باید سرپرستی اموال و ازدواج او را بکند هم به حکم بناء عقلا و هم به حکم «فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مٰا سَمِعَهُ » ... و یا اگر وصیّت هم عام نبود در صورتی که موصی به امر نکاح، تصریح کند، وصیّ جانشین اب می‌شود.

ب– جنون منفصل:

گاهی در حیات پدر است و گاهی بعد از حیات پدر، ابتداءً باید ببینیم که پدر بر مجنون منفصل ولایت دارد یا نه؟ مشهور فقهاء این است که پـدر بر مجنون منفصـل ولایت نـدارد و حاکم شـرع ولی اوست که البتّه خلاف سـیرۀ عقلا است. اگر بچّه‌ای در خانواده‌ای دیوانه شـد چه کسـی بایـد او را سـرپرستی کنـد؟ آیـا جای تعجّب نیست، اگر با وجود پـدر به حاکم مراجعه شود؟ بله اگر دیوانه‌ای زنجیری باشـد که نتوان او را نگهـداری کرد در این صورت به دولت مراجعه می‌شود پس بنا به سیرۀ عقلا پـدر باید او را نگهداری کند، حالا که پدر مسـئولیّت دارد می‌تواند همین را به وصـیّ منتقل کند. کسانی که قائل به ولایت وصـیّ در جنون منفصل نشده‌اند در پـدر هم قائل به ولایت نبوده‌انـد. و امّا اگر جنون منفصل، بعـد ممات الاب باشد، در این صورت اگر وصایت عام بوده، عمومش شامـل اینجـا می‌شود، یعنی اگر گفته است این بچه‌های من تحت سـرپرستی توست حتّی اگر بعـد از مردن من دیوانه شونـد، در این صورت وصیّ ولایت دارد، پس ولایت وصیّ بر جنون منفصل بعد ممات الاب فرع بر این است که وصایت عام باشد.

جمع‌بندی: وصـیّ بر صـغیر و مجنون ولایت دارد به اقسام سه‌گانه جنون، منتهی مجنون و صـغیری که نکاح برایشان ضـرورت داشته باشد.

[مسألة ۱۱ (ولایة الحاکم فی النکاح)]

اشاره

۴۵ مسألة ۱۱ (ولایة الحاکم فی النکاح ...) ۳۰/ ۸/ ۷۹

مسألة ۱۱: «لیس للحاکم ولایـةٌ فی النکاح علی الصـغیر ذکراً کان أو أنثی مع فقـد الاب و الجـد (اب و جد باشد بحثی نیست که حق

ندارد در صورت نبودن هم حقّی ندارد)

، و لو اقتضت الحاجة و الضّرورة

---

(۱) عروة، مسئلة ۱۲ نکاح.

(۲) جواهر، ج ۲۹، ص ۱۹۱.

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۵۵

و المصلحة اللازمة المراعاة النکاح بحیث ترتّب علی ترکه مفسدة یلزم التّحرز عنها، قام الحاکم به (حاکم اقدام به نکاح صغیر و صغیره می‌کند)

، و لا یترک الاحتیاط بضمّ اجازة الوصی للاب او الجد مع وجوده، (ای الوصی) (صورت اوّل)

. و کذا فی من بلغ فاسد العقل (مجنون متّصل) (صورت دوّم).

أو تجدّد فساد عقله اذا کان البلوغ و التجدّد فی زمان حیاة الاب أو الجد (صورت سوم).

عنوان مسأله:

این مسأله در مورد ولایت حاکم است، آیا حاکم بر صغار، مجنون، کبیره ولایت دارد؟

مسأله چهار صورت دارد که مرحوم امام سه صورت از چهار صورت را بیان کرده‌اند:

- صورت اوّل: صغیر و صغیره که حاکم ولایت ندارد.

- صورت دوّم: مجنون متّصل.

- صورت سوّم: مجنون منفصل.

در این دو صورت حاکم ولایت دارد

- صورت چهارم: باکرهٔ رشیده‌ای که پدرش مرده است اگر قائل به استقلال باکرهٔ رشیده باشیم همان گونه که پدر دخالت نمی‌کرد حاکم شرع هم دخالتی ندارد امّا اگر گفتیم پدر ولایت بر باکرهٔ رشیده دارد در این صورت بعد از ممات پدر آیا حاکم ولایت دارد؟

خیلی‌ها گفته‌اند که حاکم بر این قسم ولایت ندارد.

اقوال:

صاحب ریاض در شرح عبارت محقّق در المختصر النافع (لا یزوّج الوصی و کذا الحاکم) می‌فرماید:

فلا یزوّج الصغیرین مطلقا فی المشهور و البالغین فاسدی العقل مع وجود الاب و الجد اجماعاً ... و یزوّجُهما مع فقدهما مع الغبطة (حاکم شرع کبیر و کبیرهٔ فاسد العقل را با نیاز ازدواج می‌دهد) اجماعاً لانّه ولیّهما فی المال فیتولّی نکاحهما «۱» بعد ادلّه‌ای ذکر می‌کند تا به اینجا می‌رسد که یکی از دلایل احتیاج و نیاز است و می‌فرماید که اگر این دلیل (دلیل نیاز) در فاسدی العقل هست در صغیر و صغیره هم این دلیل وجود دارد چون آنها هم نیاز دارند و فرض این است که پدر و جد هم نیست، پس حاکم بر صغیر و صغیره هم ولایت دارد.

صاحب جواهر می‌فرماید:

عند فقد الاب و الجددر بالغة باکرهٔ رشیده اگر اب و جد از دنیا رفتند مستقل می‌شود و ادعای اجماع می‌کند. در مورد مجنون هم

می گوید: بلا خلاف أجده فیه، بل الظاهر کونه مجمعاً علیه. «۲»

ابن قدامه صاحب کتاب المغنی می‌فرماید:

لاـ نعلم خلافا بین أهل العلم فی أنّ للسلطان (حاکم شرع) ولایهٔ تزویج المرأهٔ عند عدم اولیائها او عضلهم (ای منعهم) و به یقول مالک و الشافعی و اسحاق و أبو عبید و أصحاب الرأی (ابو حنیفه و پیروانش)، و الاصل فیه قول النبی صلی الله علیه و آله فالسلطان ولی من لا ولی له «۳».

پس در بین علماء عامه هم جمع زیادی قائل به ولایت شده‌اند.

تا اینجا معلوم شد که ولایت حاکم شرع در بین ما و در بین عامّه اجماعی است اجمالًا.

دلیل:

اشاره

در این مسأله نصّ خاصی در مورد دخالت حاکم در نکاح نداریم مائیم و قواعد عامّه و دایرهٔ اختیارات حکومت اسلامی، که آیا ولایت نکاح را هم می گیرد یا نه؟

مقدّمه:

اشاره

حوادثی که در جامعه واقع می‌شود و امور مورد ابتلاء مردم دو قسم است:

الف- قسمی که مسئول خاصی دارد:

مثل حضانت فرزند که بر عهدهٔ پدر و مادر است، نفقهٔ فرزند که بر عهدهٔ پدر است و اگر پدر نباشد بر عهدهٔ مادر است (اگر مالی داشته باشد)، موقوفاتی که متولّی دارد خواه موقوفات عامّه باشد یا موقوفات خاصّه، کوچه‌های بن بست که مسئول آن همان خانه‌هایی هستند که در آن کوچه هستند و امثال این موارد که به مسئول خاصش رجوع می‌شود.

ب- مسائل مهمی که مسئول معیّنی ندارد:

مثل حفظ نظام جامعه، امن السّبیل (امنیّت جادّه‌ها)، قتال العدوّ، حفظ اموال غُیّب (افرادی غایب هستند و مثلًا سیلی در شهر افتاده و اموال آنها تلف می‌شود کسی باید اموال آنها را حفظ کند)، حفظ اموال قُصّر (ایتامی که کسی را برای سرپرستی ندارند) اصلاح شوارع، اجراء حدود، احقاق حقوق، در این موارد شخص خاصّی متولّی نیست. در عرف عقلا از قدیم الایّام این گونه امور بدون متولیِّ خاص، به عهدهٔ حکومت بوده و اصلًا فلسفهٔ تشکیل حکومت همین است که این مشکلات را که متولّی خاصی ندارد بعهده بگیرد. گاهی از این امور یا بعضی از اینها را به امور حسبیّه تعبیر می‌کنند که بر عهدهٔ حکومت است. بنابراین دایرهٔ اختیارات حاکم شرع تمام امور زمین‌ماندهٔ

(۱) ریاض، ج ۲، ص ۸۱.

(۲) جواهر، ج ۲۹، ص ۱۸۹.

(۳) المغنی، ج ۷، ص ۳۵۰.

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۵۶

جامعه است که مسئول خاصّی ندارد و اگر حکومت متولّی آن نباشد، هرج و مرج می‌شود و نظام مختل می گردد. بنابراین دائرهٔ اختیارات حاکم نامحدود است و این روایت نبوی که می گوید:

السلطان ولیّ من لا ولی له

که در کلام مغنی بوده امضاء بناء عقلا است و این روایت در کتب ما هم هست «۱» و دیگران از فقهاء ما هم آن را ذکر کرده‌اند. پس اسلام این بناء عقلاـ را امضاء کرده است و اصل حکومت را پذیرفته، منتهی برای متولّی امر حکومت، شرایطی را قائل شده است.

بعد از ذکر این مقدّمه سراغ حکم چهار قسم مسأله می‌رویم:

۱- صغیر و صغیره‌ای هستند که اولیاء سه‌گانه را از دست داده‌اند (پدر، جد، وصی)

این فرد دو حالت دارد، یک حالت نیازی به ازدواج ندارد که در این صورت حاکم دخالت نمی کند و غالباً هم ضرورتی نیست، اگر ضرورتی پیش آمد (یا برای حفظ جان یا برای محرمیّت) در اینجا چون کار زمین مانده است، حاکم شرع دخالت می کند و اینکه صاحب جواهر و دیگران ادعای اجماع بر عدم ولایت حاکم بر صغیر و صغیره کرده‌اند شاید نظرشان به آنجائی باشد که ضرورتی نبوده که غالباً هم همین است و در جائی که نیاز باشد احدی نمی گوید که حاکم دخالت نکند.

۲ و ۳- جائی که مجنون باشد (خواه متّصل، یا منفصل) ولی هم ندارد

و یا ولی دارد اما بگوئیم در جنون منفصل حقّ دخالت ندارد (کما اینکه بعضی گفته‌اند) پس کار زمین مانده است و مجنون هم حاجت به ازدواج پیدا کرده (ضرورت در کبیر مجنون، فرد نادری نیست). همان فقهائی که در صغیر به عدم ولایت حاکم فتوا می‌دادند، در اینجا می گویند حاکم ولایت دارد و باید دخالت کند و نمی‌تواند در مقابل چنین مجنونی بی‌تفاوت باشد زیرا ممکن است در غیر این صورت باعث مشکلات بیشتری شود.

امام در اینجا جمله‌ای دارد:

«کذا فی من بلغ فاسد العقل او تجدّد فساد عقله اذا کان البلوغ و التجدد فی زمان حیاة الاب أو الجد» (اگر جنون بعد از فوت پدر بود مجنون بلاتکلیف می‌شود) چرا باید حاکم دخالت نکند، این چه حکمی است؟ اینجا که بدتر است و حاکم حتماً باید مسئول باشد. امام این قید را برای چه آورده‌اند؟

شاید به این جهت باشد که امام در مسئلهٔ قبل وصی را دخالت دادند، که احتیاطاً از وصی هم اجازه بگیرند، و بگوئیم این قید ناظر به دخالت دادن وصی است نه حاکم، که اگر در حیات اب مجنون شد وصی دائرهٔ کارش مجنون در حیات اب را می گیرد، پس

باید از وصی هم اجازه بگیریم ولی اگر بعد از حیات پدر دیوانه شد اجازهٔ وصی نمی‌خواهد، و فقط مربوط به حاکم شرع است. این توجیه اگر چه خلاف ظاهر هم باشد کلام امام هیچ توجیه دیگری غیر از این ندارد.

۴- در بالغهٔ رشیدهٔ باکرهٔ عاقله تا پدرش بود اجازهٔ پدر را می‌خواست

(ما به عنوان ثانوی گفتیم؛ ولی عدهٔ زیادی به عنوان اوّلی می‌گویند که اجازهٔ پدر در باکرهٔ رشیده شرط است) وقتی پدر از دنیا رفت آیا باکرهٔ رشیده برای ازدواج باید از حاکم اجازه بگیرد؟

فرموده‌اند: اجازه نمی‌خواهد چون کارِ زمین مانده نیست، و دختر عاقله و بالغه است و خودش راه را پیدا می‌کند و ادّعای اجماع بر استقلال شده است. امّا اگر بگوئیم مفسده دارد (همان عنوان ثانوی که ما قائل بودیم) و ممکن است فریب بخورد و کار به طلاق کشیده شود و یا مفاسدی بر آن مترتب شود و اختلافات و طلاقها در جامعه زیاد شود در این صورت باید اجازهٔ حاکم شرع باشد تا مفسده‌ای پیش نیاید پس در این صورت ما اجازهٔ حاکم را شرط می‌دانیم.

۴۶ ادامهٔ مسئلهٔ ۱۱ ... ۱/ ۹/ ۷۹

ادلّهٔ عدم ولایت:

۱- اجماع:

اجماع قائم است بر عدم ولایت حاکم بر صغیر و صغیره.

جواب: چون این مسأله ادلّهٔ دیگری هم دارد، در چنین مواردی توسل به اجماع بعنوان مؤیّد خوب است نه بعنوان استدلال.

۲- اصل:

أصل عدم ولایهٔ احد علی احد است، و از جمله، حاکم شرع، پس اصل این است که ولایت نداشته باشد الّا ما خرج بالدلیل.

جواب: شما می‌گوئید الّا ما خرج بالدّلیل و ما دلیل اقامه کردیم، در آن جائی که ضرورت اقتضا کند که ازدواجی برای صغیر و صغیره انجام بگیرد و فرض هم این است که اولیاء ثلاثه (اب، جد، وصیّ) وجود ندارند، اگر حاکم شرع دخالت نکند در این صورت مصالح مهم صغیر و صغیره از بین می‌رود پس به حکم عقلا از اهل عرف و به حکم روایاتی که در شرع وارد شده (السلطان ولی من لا ولی له)

این مصلحت زمین مانده را باید حاکم شرع انجام دهد، و دلیل عقلائی و شرعی قائم است بر ولایت حاکم بر صغیر و صغیره، و همچنین است حال مجنون متّصل و منفصل. پس اصل هم با وجود دلیل کنار می‌رود.

---

(۱) ریاض، ج ۲، ص ۸۱.

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۵۷

۳- روایات:

روایات سابقه که در باب عدم ولایت وصی به آن استدلال شده بود (روایت محمد بن مسلم از امام باقر و امام صادق، روایت عبید بن زراره). مضمون روایات این بود که شخصی صغیر و صغیره‌ای را به زوجیّت درآورده، آیا زوجیّت صحیح است؟ امام در جواب فرمود:

«ان کان ابواهما اللذان زوّجاهما فنعم» «۱»

مفهوم قضیّهٔ شرطیّه این است که اگر غیر از اب دخالت کند باطل است، مفهوم شرط از مسلّمات است خصوصاً که مقام، مقام احتراز است یعنی حاکم شرع و وصیّ ولایت ندارد و فقط ولایت مخصوص اب است، روایت عبید بن زراره هم همین را می‌گفت.

جواب: این حصر، حصر اضافی است و ناظر به برادر و سایر خویشان است که آنها ولایت ندارند و ناظر به وصی جانشین اب و حاکم شرعی که از طرف خدا مأمور است نمی‌باشد.

اضف الی ذلک: این روایات در مقابل عامّه وارد شده است، عامّه می‌گفتند: تمام قرابات اب (عصبه) برادر اب، عموزاده‌ها همه ولایت دارند، این روایت حصر اضافی است و آنها را رد می‌کند و کاری به حاکم و وصی ندارد و انصاف این است که این روایات و لو مفهوم دارد ولی ناظر به حاکم و وصی نیست و اگر احتمال هم بدهیم که حصر، حصر اضافی است برای از کار انداختن مفهوم کافی است (اذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال).

تا اینجا ادلّهٔ نافین حکومت حاکم بر صغیر و صغیره را دانستیم.

نکته: گمان ما این است که نزاع در این مسأله لفظی است.

آن جائی که ضرورتی نباشد همه می‌گویند که حاکم دخالت نکند، و غالباً اینها ضرورت ندارند و آنها که می‌گویند ولایت ندارد ناظر به همین جهت بوده‌اند امّا آن جائی که ضرورت ملزمه (تلف شدن- مشکل محرمیت) باشد آنها که منکر هستند در اینجا به حاکم ولایت می‌دهند و کدام فقیه است که بگوید حاکم دخالت نکند و بچه تلف شود. پس نزاع ظاهراً لفظی است.

نتیجه: اگر مصلحت ملزمه‌ای ایجاب کند در صغیر و صغیره و در مجنون منفصل و متّصل حاکم باید دخالت کند چون کارِ زمین مانده است و اگر دسترسی به حاکم شرع نبود سراغ عدول مؤمنین می‌روند.

[مسألهٔ ۱۲ (شرائط الولایهٔ)]

اشاره

۴۷ مسألهٔ ۱۲ (شرائط الولایهٔ ...) ۲/ ۹/ ۷۹

مسألهٔ ۱۲: یشترط فی ولایهٔ الاولیاء (چهار شرط هست و بعضی شرط پنجمی هم اضافه کرده‌اند)

البلوغ و العقل و الحریّهٔ و الاسلام اذا کان المولّی علیه مسلما، (مثلًا اگر مسلمانی از دنیا رفت بخواهد به غیر مسلمان وصیّت کند که مواظب بچه‌های او باشد، جایز نیست و وصی باید مسلمان باشد).

فلا ولایهٔ للصغیر و الصغیرهٔ علی احد بل الولایهٔ فی موردها لولیّهما، و کذا لا ولایهٔ للاب و الجد اذا جنّا (مجنون شوند)

، و ان جنّ احدهما یختص الولایهٔ بالآخر و کذا لا ولایهٔ للاب الکافر علی ولده المسلم (مادر مسلمان است یا پدر عند انعقاد نطفه مسلمان بود و بعد از آن کافر شد)،

فتکون للجد اذا کان مسلما (اگر پدر و پسر هر دو کافر بودند آیا ولایت کافر بر کافر هست؟)،

و الظاهر ثبوت ولایته (ای الاب)

علی ولده الکافر اذا لم یکن له جدّ مسلم (جدّ مسلمان مقدم است بر پدر کافر و لو بچّه هم کافر باشد)،

و الّا فلا یبعد ثبوتها له (جدّ مسلم)

دون الکافر.

عنوان مسأله:

اشاره

مرحوم امام در این مسأله، ۴ شرط برای ولی قائل شده‌اند:

۱- بلوغ:

آیا می‌شود ولی نابالغ پیدا کنیم یعنی پدری باشد نابالغ؟ خیر، مصداقی ندارد. بله در مورد وصـی و حاکم ممکن است مصداقی پیدا شود مثلًا وصـیّ هست چهارده‌ساله ولی هوشـیار مثل بوعلی سـینا یا علّامـهٔ حلّی، اینجا جای بحث است که بگوئیم چون بالغ نیست نمی‌تواند حاکم شرع یا وصیّ باشد پس نسبت به اب و جد غیر بالغ موضوعی ندارد ولی نسبت به حاکم شرع و وصی موضوع دارد، البتّه در بین معصومین افرادی داریم که در صـغر به مقـام نبوت و امـامت رسـیده‌اند، یکی از آنهـا حضـرت یحیی علیه السـلام است «آتَیْناهُ الْحُکْمَ صَبِیًّا» «۲» (ظاهرش حکم نبوت است)، و دیگری حضـرت عیسی علیه السلام «قالَ إِنِّی عَبْدُ اللَّهِ آتانِیَ الْکِتابَ وَ جَعَلَنِی نَبِیًّا» «۳» که با این دو آیه بسـیاری از شـبهات در ناحیهٔ امامت امیر المؤمنین و امام جواد علیه السـلام جواب داده می‌شود؛ ولی غیر از معصومین و بعضی از پیامبران قول غیر بالغ در اموری مثل حکومت و وصایت پذیرفته نمی‌شود و معصومین و پیامبران از باب استثناء است.

۲- حریّت:

حریّت هم بحثی ندارد، چون عبد در مقابل مولی از خودش اختیاری ندارد مگر مولی به او اجازه بدهد که بعید نیست با اجازهٔ مولی وصایت و حاکمیت شرع را بپذیریم، البتّه چون محلّ ابتلاء

---

(۱) ح ۱، باب ۱۲، ح ۸، باب ۶ از ابواب عقد نکاح و ح ۲، باب ۳۳ از ابواب مقدّمات طلاق.

(۲) آیهٔ ۱۲، سورهٔ مریم.

(۳) آیهٔ ۳۰، سورهٔ مریم.

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۵۸

نیست از آن بحثی نمی‌کنیم.

۳- عقل:

در مورد دیوانه نیز بحثی نیست و همه می‌دانند که دیوانه نمی‌تواند حاکم شرع یا وصی شود، (قضایا قیاساتها معها)

پس این سه شرط مسلّم است و بحثی ندارد و آنکه باید روی آن بحث شود شرط اسلام است.

۴- اسلام:

در صورتی که مولّی علیه مسلمان باشد اجماعی است که ولی باید مسلمان باشد. صاحب ریاض، صاحب جواهر، مسالک، حدائق و کشف اللثام آن را نقل کرده‌اند.

صاحب حدائق می‌فرماید:

الظاهر انّه لا خلاف بین الاصحاب فی اشتراط الاسلام فی الولایهٔ (ولی صغیر و حتی کبیر مثل مجنون باید مسلمان باشد) فلا تثبت للکافر- أباً کان أو جداً أو غیرهما- الولایهٔ علی الولد المسلم صغیراً او مجنوناً، ذکراً کان أو انثی، «۱» در ادامه می‌فرماید چگونه می‌شود پدر کافر، امّا فرزند مسلمان باشد. ایشان چهار صورت را ذکر می کند:

۱- مادرش مسلمان باشد. ۲- جدّش مسلمان باشد. ۳- خودش بعد از بلوغ مسلمان شد، بعد دیوانه شد. ۴- بالغ عاقل مسلمان امّا باکرهٔ رشیده بنا بر قول به اذن، آیا پدر بر این دختر مسلمان ولایتی دارد، می گویند نه. صورت دیگری هم تصور کرده‌اند و آن اینکه بچّهٔ نابالغ مسلمان بشود، اگر بگوئیم که اسلام بچّهٔ نابالغ پذیرفته می‌شود.

ما می گوئیم بچه نابالغ اگر عاقل و هوشیار باشد و مسلمان شود پذیرفته می‌شود چون صحّت نماز و روزهٔ بچهٔ عاقل و فهمیده، فرع بر این است که اسلام او پذیرفته شود.

مرحوم حکیم در مسئلهٔ ۱۶ از مسائل عروه، اجماع را از مسالک و کشف اللثام نقل می کند.

ادلّه:

۱- اجماع:

اجماع قائم است بر عدم ولایت کافر بر مسلمان.

جواب: چون دلیل‌های دیگر داریم اجماع مدرکی است و حجّت نیست. زیرا مادامی که دلیلهای دیگر باشد اجماع فقط مؤیّد است.

۲- آیات:

الف- آیهٔ: «وَ لَنْ یَجْعَلَ اللّٰهُ لِلْکٰافِرِینَ عَلَی الْمُؤْمِنِینَ سَبِیلًا» «۲».

اشاره

آیه قابل بحث است زیرا در مورد «سبیل» چهار احتمال داده‌اند.

۱- غلبهٔ نظامی،

(الغلبهٔ العسکریّه) یعنی کافران بر مؤمنان غلبهٔ نظامی نخواهند کرد ولی این درست نیست و مانعی ندارد که کفّار در جنگی پیروز شوند. مانند پیروزی آنان در جنگ احُد (این احتمال خوبی نیست).

۲- غلبهٔ منطقی

(الغلبهٔ من ناحیهٔ الحجّهٔ)، مرحوم طبرسی در مجمع البیان این احتمال را می‌دهد که غلبهٔ منطقی و حجّت و استدلال بر مؤمنین ندارند

و منطق اسلام از همه قوی‌تر است (این احتمال خوبی است).

۳- غلبه در آخرت،

یعنی در آخرت طلبکار از مسلمانان نخواهند بود این تعبیر به خاطر ضمیمه شدن قسمت قبلی آیه است که خداوند می‌فرماید: فَاللّهُ یَحْکُمُ بَیْنَکُمْ یَوْمَ الْقِیامَهِٔ وَ لَنْ یَجْعَلَ اللّهُ لِلْکافِرِینَ «... ۳»

۴- غلبهٔ تشریعی:

ولایت، حکم تشریعی است که خداوند برای کافران ولایت بر مؤمنان را قرار نداده است، این در عالم تشریع است.
اگر احتمال آخر را بتوانیم درست کنیم و بقیّهٔ احتمالات کنار رود، آیه به برای استدلال مناسب است، البتّه احتمال دارد که سه احتمال آخر با هم مورد نظر باشد یعنی نه غلبهٔ منطقی و نه سبیل آخرت و نه سبیل تشریعی قرار نداده و سبیل هم عام است و تمام موارد را شامل می‌شود. بعضی می‌گویند در عالم تشریع خداوند ولایت قرار داده است، مثل این که انسان مسلمان اجیر شخص کافر شود؛ ولی در جواب باید گفت در چنین موردی ولایت نیست، چون در این صورت حاکمیّت نیست و فقط نوعی معامله است.
پس این آیه زنده شد و مطابق این آیه عمل می‌کنیم.

ب- آیهٔ «وَ الْمُؤْمِنُونَ وَ الْمُؤْمِناتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِیاءُ بَعْضٍ» «۴»

مفهوم آیه این است که مؤمنین می‌توانند ولیّ هم شوند ولی کفار نه، و آیهٔ: «وَ الَّذِینَ کَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِیاءُ بَعْضٍ» «۵» می‌فرماید: بعضی از کفّار می‌توانند ولیّ بعضی دیگر شوند.

۳- روایت:

استدلال به حدیث نبوی
«الاسلام یعلو و لا یُعلی علیه» «۶»
که احتمالات چهارگانهٔ در مورد آیه در این روایت هم مطرح است

---

(۱) حدائق، ج ۲۳، ص ۲۶۷.
(۲) آیهٔ ۱۴۱ سورهٔ نساء.
(۳) آیهٔ ۱۴۱ سورهٔ نساء.
(۴) آیهٔ ۷۱ سورهٔ توبه.
(۵) آیهٔ ۷۳ سورهٔ أنفال.
(۶) بحار، ج ۳۹، ص ۴۷.

«یُعلی» یعنی غلبهٔ نظامی یا غلبهٔ منطقی یا غلبهٔ در آخرت و یا غلبهٔ تشریعی.
این روایت مرسله است ولی مشهور به آن عمل کرده‌اند که عمل اصحاب جبران ضعف روایت می‌کند.

نکته: کافر بر مسلمان ولایت ندارد ولی آیا کافر بر کافر ولایت دارد؟ بعضی سخت‌گیری کرده‌اند و معتقدند که مشکل است کافر بر کافر ولایت داشته باشد.

ما معتقدیم که آیه می‌فرماید ولایت دارند و سیرهٔ عقلاء هم بر این است و حتّی بچّه‌های مسیحی‌ها و یهودیهایی که در جامعهٔ مسلمانان زندگی می‌کردند، حکومت بر آنها ولایت نمی‌کرد بلکه پدر بر آنها ولایت داشت، حتّی در جائی که جد مسلمان و پدر و بچه مسیحی هستند ما می‌گوئیم پدر ولایت دارد.

نتیجه: آنچه مسلّم است کافر بر مسلمان ولایت نخواهد داشت و ولایت کافر بر کافر هیچ مشکلی ندارد.

[مسألهٔ ۱۳ (عقد الفضولی)]

اشاره

۴۸ مسألهٔ ۱۳ (عقد الفضولی ...) ۱۲/ ۱۰/ ۷۹

مسألهٔ ۱۳: العقد الصادر من غیر الوکیل و الولی (مرحوم امام (ره) باید زوج و زوجهٔ کبیر را هم اضافه می‌کرد ولی به هر حال منظور از غیر، کسی است که صاحب اختیار نیست اجنبی)

المسمّی بالفضولی (المسمّی صفت برای «غیر» است نه برای عقد، چون عقد فضولی نیست بلکه شخص، مسمّی به فضولی است)

یصحّ (ای العقد)

مع الاجازة، سواء کان فضولیّاً من الطرفین (زوج و زوجه)

او من احدهما (یک طرف اصیل و یک طرف فضولی)

، و سواء کان المعقود علیه صغیراً او کبیراً (اگر صغیر باشد، باید ولی اقدام کند ولی اجنبی اقدام کرده)،

و سواءً کان العاقد قریباً للمعقود علیه کالاخ و العمّ و الخال أو اجنبیّاً، و منه (ای عقد الفضولی)

العقد الصادر من الولی او الوکیل علی غیر الوجه المأذون فیه بان أوقع الولی علی خلاف المصلحة أو الوکیل علی خلاف ما عیّنه الموکّل.

عنوان مسأله:

هر کسی که اختیار عقد را نداشته باشد و آن را انجام دهد «عقد فضولی» است و فرقی بین ولی، وکیل، خویشاوندان و یا اجنبی نیست. در فضولی عقد از لحاظ اجرای صیغه کامل است و فقط عاقد اجازه نداشته است. این مسأله از امّهات مسائل است چون ساری و جاری در سایر ابواب فقه است، عقود و حتّی ایقاعات هم فضولی دارد.

معنای فضولی:

منسوب به فضول را «فضولی» می‌گویند و «فضول» در لغت به معنی زوائد و اضافات است بنابراین فضولی کسی است که مسائل اضافی را انجام می‌دهد (من یفعل الفضول)

ارباب لغت می‌گویند: الفضولی هو من یتعرّض لما لا یعنیه‌و این که در فارسی می‌گوئیم: «فضولی کرد» از باب تسامح است بلکه باید بگوئیم: «کارِ فضول کرد». پس فضولی کسی است که متعرّض کاری می‌شود که از اختیارات او خارج است.

و امّا در اصطلاح فقهاء فضولی به کسی می‌گویند که سراغ عقد یا ایقاعی می‌رود که اختیارش را ندارد (هو من یتعرض لعقد او

ایقاع لیس له سلطة علیه). بنابراین وقتی می گوئیم عقد فضولی، باید به صورت اضافه باشد یعنی «عقد الفضولی» (عقدی که شخص فضولی می‌خواند) نه بصورت توصیف «العقد الفضولی» (عقد متّصف به صفت فضولیّت) زیرا دانستیم «فضولی» شخص است نه عقد. در کلمات علماء گاهی به عقد تسامحاً فضولی گفته شده است.

در ذیل این مقام ذکر دو نکته لازم است.

نکته اوّل: فضولی، معنی وسیعی دارد و عقد فضولی گسترش دارد، همان گونه که امام (ره) در عنوان مسأله فرمودند، حتی وکیل و ولیّ گاهی فضولی هستند.

نکتهٔ دوم: هر عقدی را نمی‌توان گفت عقد فضولی است، زیرا در عقد فضولی باید رابطه‌ای در کار باشد، مثلًا اگر به بنگاهی گفته شود برای فلان منزل مشتری پیدا کند ولی او قولنامه را هم می‌نویسد و منزل را بدون اجازه می‌فروشد، این فضولی است و یا برادری، به خواهرش می گوید برای دختر تو شوهری پیدا کردم و عقدی خوانده‌ام، این هم فضولی است چون در آن ارتباط موجود است ولی اگر یک نفر که به تمام معنی اجنبی است؛ بگوید: خانهٔ شما را فروختم و یا دختری را در خیابان ببیند و بگوید این دختر را به عقد شما درآوردم. این موارد که اجنبی به تمام معنی الکلمه است و هیچ رابطه‌ای در کار نیست، عقد فضولی عرفی نیست و عقلا آن را جدّی نمی‌دانند، و مواردی را اجازه می‌دهند و فضولی می‌دانند که رابطه‌ای در کار باشد و در معرض اجازه باشد.

اقوال:

مرحوم محقق در شرایع (و صاحب جواهر «۱») می‌فرماید: عقد

---

(۱) ج ۲۹، ص ۲۰۱.

النکاح (الصادر من الفضولی) یقف علی الاجازة علی الاظهر «۱» (مرحوم محقّق قید فضولی را در عبارت نیاورده است). محقق‌علی الاظهرمی گوید یعنی به حسب ادلّه، مرحوم شهید در لمعه‌علی الاقرب‌می گوید یعنی به حسب قواعد و صاحب جواهرعلی الاشهر می گوید یعنی به حسب اقوال.

در ادامه صاحب جواهر می‌فرماید: بل المشهور شهرهٔ عظیمهٔ بین القدماء و المتأخرین، سپس از سرائر فی الجمله نفی خلاف را حکایت می کند، بعد بالاتر می‌رود و از ناصریّات سید مرتضی نقل اجماع می کند، جالب این که کسانی که در بیع منکر فضولی شده‌اند در نکاح، فضولی را قبول دارند (من انکر فی البیع افتی به فی النکاح) زیرا در نکاح ده روایت یا بیشتر داریم که در موارد فضولی فرموده‌اند با اجازه درست می‌شود ولی در بیع دست ما از روایت خالی است و تنها یک روایت معروف داریم و آن روایت «عروهٔ بارقی» است و لذا کسانی که در باب بیع، فضولی را نپذیرفته‌اند در باب نکاح آن را غالباً قبول کرده‌اند ولی در عین حال در نکاح هم مخالف وجود دارد. مرحوم شیخ طوسی در دو کتاب خلاف و مبسوط مخالفت کرده و عقد فضولی را باطل می‌داند ولی در بعضی از کتابهایش مثل نهایه، تهذیب و استبصار، با قول مشهور موافقت کرده و قائل به صحّت آن در نکاح شده است. پس ایشان یک موافق و مخالف نیمه کاره است.

مرحوم فخر المحققین هم در کتاب ایضاح الفوائد در باب بیع فضولی مخالفت کرده است. در بین قدما موافق کم داریم و در بین متأخّرین موافق بیشتر است، ولی در نکاح چون از نظر اقوال وضعش خوب است، قدما و متأخرین اکثریّت قائل به صحّت عقد فضولی شده‌اند.

۴۹ ادامهٔ مسئلهٔ ۱۳ ... ۱۳/ ۱۰/ ۷۹

از بعضـی از اقوال بزرگـان فقهـاء اسـتفاده می‌شود که در نکاح فضولی، بین فقهاء سه قول وجود دارد: فخر المحقّقین بیانی دارد که خلاصهٔ آن چنین است:

فی المسألـهٔ اقوال ثلاثـهٔ، (الف) انّه (عقد الفضولی) یقع موقوفاً علی الاجازهٔ ... و هو قول المفید، و المرتضـی، و الشـیخ فی النهایهٔ، و ابن أبی عقیل، و سلّار، و ابن البرّاج، و أبی الصلاح، و ابن إدریس و والدی المصنّف (علّامه در قواعد)، (ب) انّه لا یقف علی اجازهٔ، ...فعقد الفضولی باطل من اصلـه و هو اختیار الشـیخ فی الخلاف و المبسوط (ج) قول ابن حمزه انّه یقع موقوفاً فی تسعهٔ مواضع (که در نصوص خاصّه آمده است) و عدّ منها عقد الاخ و الامّ و العمّ و الرشیدهٔ بدون اذن الولی (در واقع ایشان با نصوص تعبّدی برخورد کرده و نتوانسته قاعدهٔ خاصّی را استنباط و استخراج کند) ثم قال (فخر المحققین) و الذی افتی به بطلان عقد الفضولی «۲»

بنابراین سه قول بیان شد، قول اوّل مشهور بین القدماء کما هو المشهور بین المتأخرین و قول دوم نظر شیخ طوسی و فخر المحقّقین و قول سوّم قول به تفصیل. این چهرهٔ اقوال در بین فقهاء شیعه بود امّا اقوال عامّه که آنها هم مجموعاً سه قول را انتخاب کرده‌اند کمی با اقوال شیعه فرق دارد اقوال آنان را از مرحوم شیخ در خلاف و از کتاب المجموعِ نوَوَی «۳» نقل می کنیم.

الاـوّل یصـحّ نکاح الفضولی مع الاجازهٔ و ان ردّه بطل و هو قول ابی حنیفه و من تبعه و کـذلک البیع عنـده، الثانی انّ جمیع اقسامه لا یصـح و هو قول الشافعی و احمـد بن حنبل و اسـحاق و الثالث یصـح اذا اجازه عن قربٍ (اگر زود اجازه بدهد و تأخیر نیاندازد) و إن اجازه عن بُعدٍ بطل و هو قول مالک (مرحوم شـیخ طوسـی بعـد از نقل اقوال می گویـد) عقـد الفضولی باطل فی البیع و النکاح (قول دوم)

ادلّهٔ قائلین به صحّت عقد فضولی:

۱- مقتضای قاعده:

اشاره

دو بیان دارد:

بیان اوّل: عمومات صحّت عقود

کبری: عمومـات صـحّت عقـد شامـل عقـد فضولی می‌شود زیرا «یَا أَیُّهَا الَّذِینَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» در واقع معنایش «اوفوا بعقودکم» است.

صغری: عقـد فضولی در زمان صـدور، عقـد صاحب اصـلی نبود و بعـد از اجازه، مصـداق «عقودکم» شده است. به عنوان مثال دلّال عقدی برقرار می کند و به مالک می گوید شما به من گفته بودید با این شـرایط مشتری پیدا کن، ولی با شـرایط دیگری مشتری پیدا کردم، ایـن هـم قولنـامه اگر می‌پذیریـد آن را امضـاء کنیـد، مالـک می گویـد می‌پـذیرم و امضـا می کنـد بعـد از امضـاء قولنـامه آیا «عقودکم» صدق می کند؟ مسلّماً صدق می کند.

ان قلت: در هنگام صدور عقد اجازه‌ای نبود و بعد از الحاق اجازه عقدی وجود ندارد، چون عقد تمام شده زیرا عقد و انشاء آنی

---

(۱) شرایع، ج ۲، ص ۵۰۴.

(۲) ایضاح الفوائد، ج ۳، ص ۲۷.

(۳) المجموع، ج ۱۷، ص ۲۴۹.

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۶۱

الحصول است، زمانی که عقـد بود اجازه‌ای نبود و زمانی که اجازه آمد عقدی نبود در حالی که عقد و اجازه باید با هم جمع شوند پس چگونه این دو را با هم جمع می‌کنید؟

قلنا: انشاء، آنی الحصول است، امّا مُنْشَأ یک وجود بقادار و مستمر است (انشاء را بعضی التزام قلبی و بعضی وجود اعتباری می‌دانند) اگر انشاء التزام قلبی باشـد با رفتن لفظ، الزام و تعهّـد باقی است و اگر انشاء را در عالم اعتبار بـدانیم، لفظ ایجادکننده از بین می‌رود ولی وجود اعتباری باقی می‌مانـد، پس هنگامی که صاحب عقـد، عقد را امضاء می‌کند الفاظ را امضاء نمی‌کند، بلکه آن التزام قلبی و وجود اعتباری را امضاء می‌کند که در این صورت عقد فضولی هم بعد از اجازه «اوفوا بعقودکم» می‌شود. (مانند باب اکراه که در آن قضیّه روشن‌تر است، اگر اجازه بعداً آمد عقد مکروه هم درست می‌شود اینجا نیز مانند باب اکراه است.)

بیان دوّم: تمسّک به سیرهٔ عقلا:

در میـان عقلاـ عقـد فضولی وجود دارد و شارع هم آن را امضاء کرده است از جمله، روایت «عروهٔ بارقی» (از صـحابهٔ پیامبر) که در کتاب بیع نقل شده و مضمون حدیث چنین است که پیامبر به عروه یک دینار داد و فرمود

اشتر بذلک لی شاة «۱»

، او بـا یـک دینـار دو گوسـفند خریـد و یکی را بـه یـک دینـار فروخت و پیش پیـامبر آمـد و گفت این یـک دینـار شـما و این هم گوسـفندی که دسـتور خریـد آن را فرموده بودیـد. عروه چرا این کار را کرد در حالی که چنین اجازه‌ای نداشت، پس اگر بین عقلا این برنامه نبود، عروه چنین نمی‌کرد تا بعـداً موکّل اجازه دهـد، پس در بیع مواردی بوده که شـخص از حـدّ وکالت فراتر رفته و بعد هم اجـازه گرفته است. از روایـات باب نکاح هم معلوم می‌شود که عرف چنین کاری می‌کردهانـد و این که روایات می‌گوینـد جایز است، معلوم می‌شود که این عمـل در بین مردم بوده است، در زمـان مـا نیز رایـج است که وکیل از حـدود اختیارات تعـدّی می‌کند حتّی دلّال هم که وکالت ندارد چنین می‌کند.

جمع‌بنـدی: هم از باب سـیرهٔ عقلا و هم از باب عمومات می‌توان وارد شـد و به اطلاق تمسک کرد زیرا اطلاقات، مقارنهٔ بین عقد و اجازه را لازم نمی‌داند.

۵۰ ادامهٔ مسئلهٔ ۱۳ ... ۱۴/ ۱۰/ ۷۹

۲- روایات:

اشاره

احادیث زیادی در باب نکاح داریم که نشان می‌دهـد نکاح فضولی صـحیح است، این احادیث هیچ کدام عام نیست، به گونه‌ای که صراحتاً نکـاح فضـولی را صـحیح بدانـد، ولی هنگـامی کـه ایـن ادلّـهٔ خـاصّه را کنـار هم قرار دهیم، می‌تـوانیم از آن حکم کلّی را اسـتخراج کنیم بخصوص که بعضـی از آنها مشـتمل بر تعلیل است و می‌توان این موارد را قیاس منصوص العلّهٔ دانست. این احادیث

چند طایفه هستند.

طایفۀ اوّل: روایاتی که در باب نکاح عبید و اماء وارد شده است،

اشاره

عبیـد و اماء، بـدون اجازۀ مولی حقّ ازدواج ندارند، زیرا ازدواج آنها برای مولی مسـئولیّتهائی ایجاد می کند. روایات متعدّدی در این باب داریم که اگر عبید و اماء بدون اذن ازدواج کنند و بعد مولی اجازه دهد، نکاحشان صحیح است. (مصداق بارز نکاح فضولی)

نکته: روایات عبید و اماء در این زمان مورد ابتلاء نیست ولی مشـتمل بر تعلیلاتی است که در همه جا می‌توان از آن استفاده کرد، از جمله مرحوم شیخ انصاری در مقام صحّت بیع فضولی به این حدیث استدلال کرده است:

...* عن زراره عن ابی جعفر

(امام باقر) علیه السلام

قال: سألته عن مملوک تزوّج بغیر اذن سیّده، فقال: ذاک الی سیّده، إن شاء اجازه، و إن شاء فرَّق بینهما، قُلت أصلحکَ اللّه

(خدا شما را به سلامت بدارد که مراد از اصلح، اصلاح مزاج است)

انّ الحکم بن عتیبه و إبراهیم النخعی

(از فقهای عامّه در عصر امام باقر علیه السلام)

و اصـحابهما یقولون: إنّ أصل النکاح فاسد و لا تحلّ اجازۀ السیّد له، فقال أبو جعفر علیه السلام إنّه لم یعص اللّه، و إنّما عصی سیّده، فإذا أجازه فهو له جایز. «۲»

می‌فرمایـد: خلاـف فرمـان خـدا (ماننـد نکاح محارم و نکاح فی العـدّه) رفتار نکرده است، بلکه نکاحِ حلال است و کمبود آن فقط، استناد به مولی است که در هر زمانی قابل تحصیل است و اشکالی ندارد.

البتّه مخالفت مولی، خلاف حکم شرع است ولی منظور روایت این است که خلاف قوانینِ غیر قابل تغییر شریعت، رفتار نکرده، بلکه خلافی کرده است که قابل جبران و تدارک است.

از این عموم علّت، در تمام عقود فضولی (بیع، اجاره، صلح)...،

می توانیم استفاده کنیم، مثلًا می‌توانیم در بیع فضولی بگوئیم: بیع خمر نکرده که عصیان خدا و غیر قابل تدارک باشد، بلکه عصیان

---

(۱) مستدرک الوسائل، ج ۱۳، ص ۲۴۵، ح ۱۵۲۶۰.

(۲) وسائل، ج ۱۴، ح ۱، باب ۲۴ از ابواب نکاح عبید و اماء.

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۶۲

مالک را کرده و فقط اذن او را می‌خواهد که اگر اجازه دهد، درست می‌شود. (سند حدیث معتبر و دلالت آن واضح است).

...* عن زراره

(سند این روایت خالی از ضعف نیست ولی در این باب احادیث متعدّد داریم که مجموعاً متضافر هستند)،

عن أبی جعفر علیه السلام قال: سألته عن رجل تزوّج عبده «امرأةً» بغیر إذنه فدخل بها ثم اطّلع علی ذلک مولاه، قال: ذاک لمولاه، ان شاءَ، فرّق بینهما و إن شاء أجاز نکاحهما، فان فرّق بینهما فللمرأة ما أصدقها

(زن باید صداقش را بگیرد)،

إلّا ان یکون اعتدیٰ فأصدقها صداقاً کثیراً

(معلوم می‌شود که مهر المسمّی را باید بدهد نه مهر المثل را)

و إن أجاز نکاحه فهما علی نکاحهما الاوّل

(و دوباره صیغه نمی‌خواهد)

، فقلت لابی جعفر علیه السلام: فانّ أصل النکاح کان عاصیاً، فقال أبو جعفر علیه السلام: إنّما اتی شیئاً حلالًا و لیس بعاص للّه، إنّما عصی سیّده و لم یعص اللّه، إنّ ذلک لیس کإتیان ما حرّم اللّه علیه من نکاح فی عدّة و أشباهه. «۱»

سؤال ۱: حدیث می گوید اگر مولی اجازه نداد زن باید صداقش را بگیرد و حال آنکه نکاح باطل بوده، پس صداق بخاطر چیست؟

جواب: چون وطی به شبهه بوده باید مهر المسمّی را بگیرد.

سؤال ۲: چه کسی باید این مهر را بدهد؟ اگر بگوئید عبد باید این مهر را بدهد، که معمولًا عبد مالی ندارد و اگر بگوئید مولی، چرا او اینجور را بکشد و حال آن که ازدواج مربوط به او نیست.

جواب: اگر عبد مالی دارد باید مهر المسمی را بدهد و اگر مالی ندارد، مولی باید خسارت او را بدهد، چون مسئولیّت عبد و اعمال او بعهدهٔ مولی است.

۵۱ ادامهٔ مسئلهٔ ۱۳ ... ۱۷/ ۱۰/ ۷۹

...* عن عبید بن زراره،

(این حدیث خصوصیّت تازه‌ای دارد و بحث از عبد مشترک می کند، یکی از مالکین عبد اجازه داده که عبد نکاح کند ولی دیگری اجازه نداده، پس نسبت به دوّمی فضولی بوده است)

عن ابی عبد اللّه علیه السلام فی عبدٍ بین رجلین زوّجه احدهما و الآخر لا یعلم، ثمّ انّه علم بعد ذلک، أ له أن یفرّق بینهما؟ قال: للّذی لم یعلم و لم یأذن أن یُفرّق بینهما و إن شاء ترکه علی نکاحه. «۲»

نکته: اجازه به ترک هم محقق می‌شود، یعنی اگر مالک فهمید و مانع نشد کافی است و اجازهٔ لفظی «اذنت لک» را لازم ندارد، این معنی نشان دهندهٔ توسعهٔ مفهوم اجازه است.

...* عن معاویهٔ بن وهب، قال: جاء رجل الی ابی عبد اللّه علیه السلام فقال: انّی کنت مملوکاً لقوم، و انّی تزوّجتُ امرأهٔ حرّهٔ بغیر اذن موالیّ، ثم اعتقونی بعد ذلک، فأجدّد نکاحی ایاها حین اعتِقْتُ؟ فقال له: أ کانوا علموا أنّک تزوّجتَ امرأهً و أنت مملوکٌ لهم؟ فقال: نعم و سکتوا عنّی و لم یغیّروا علیّ

(دعوا نکردند یا تغییر ندادند)

قال:

فقال: سکوتهم عنک بعد علمهم اقرارٌ منهم، اثبت علی نکاحک الاوّل. «۳»

حدیث ۲ و ۳ این باب از حسن بن زیاد طائی هم به همین مضمون است و با صراحت دلالت دارد که عقد نکاح فضولی، بعد از اجازه کافی است و سکوت بعد از علم به عقد، بمنزلهٔ اجازه است.

این دو حدیث ظاهراً مشکل سند دارد ولی چون احادیث متضافر هستند نیاز به بحث ندارد.

حدیث دیگر، حدیثی است که در مسئلهٔ اجازه، به دلالت التزامی قناعت می کند، دلالتی که از فعل، سکوت و لفظ بالاتر است منتهی حدیث سندی ندارد، و باید به احادیث دیگر ضمیمه شود.

...* قال: جاء رجل الی امیر المؤمنین علیه السلام، و قال: انّ هذا مملوکی تزوّج بغیر اذنی، فقال امیر المؤمنین علیه السلام:

(اگر رضایت نداری)

«فرّق بینهما أنت»، فالتفت الرجل الی مملوکه و قال: یا خبیث، طلّق امرأتک، فقال امیر المؤمنین علیه السلام للعبد: «إن شئت فطلّق و انْ شئتَ فامسک، ثم قال: کان قول المالک للعبد طلّق امرأتک رضی بالتزویج، فصار الطلاق عند ذلک للعبد». «۴»

نتیجه: رضایت دارای چهار مرحله است.

۱- رضایت لفظی. ۲- رضایت فعلی. ۳- رضایت بالترک.

۴- رضایت بالدلالهٔ الالتزامیّهٔ.

...* عن علی بن جعفر عن اخیه موسی بن جعفر علیه السلام عن أبیه، عن آبائه، عن علی علیه السلام انّه اتاه رجلٌ بعبده، فقال: انّ عبدی تزوّج بغیر اذنی فقال علی علیه السلام لسیّده: فرّق بینهما

(تا اینجا شبیه حدیث قبلی است)

، فقال السّید لعبده: یا عدّوا ... طلّق، فقال له علی علیه السلام کیف قلت له؟ قال: قلت له: طلّق، فقال علی علیه السلام للعبد: امّا الآن فان شئت فطلّق، و ان شئت فامسِک، فقال السّیّد: یا امیر المؤمنین علیه السلام امرٌ کان بیدی،

(اذن دست من بود)

فجعلته بید غیری، قال: ذلک لانّک حین قلت له: طلّق أقْرَرْتَ (أمضیت) لَه بالنکاح «۵»

. این روایت روشن‌تر است، منتهی تمام این احادیث قدر

---

(۱) ح ۲، باب ۲۴ از ابواب نکاح عبید و اماء.

(۲) ح ۱ باب ۲۵ از ابواب نکاح عبید و اماء.

(۳) ح ۱، باب ۲۶ از ابواب نکاح عبید و اماء.

(۴) مستدرک، ج ۱۵، باب ۱۹ از ابواب نکاح عبید و اماء، ح ۱.

(۵) ح ۱، باب ۲۷ از ابواب نکاح عبید و اماء.

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۶۳

مشترکی دارند که صحّت نکاح فضولی است، ولی خصوصیّتی در این حدیث است که به دلالت التزامی هم اجازه را نافذ و کافی می‌داند و «طلّق» به دلالت التزامی یعنی «امضیتُ النکاح». ولی این خصوصیّت چون منحصر در این حدیث است باید سندش درست باشد تا بتوانیم از آن، این خصوصیّت را استفاده کنیم؛ ولی در قدر مشترک چون متضافر بود مشکلی نداشت، ظاهراً حدیث قبل هم همین حدیث است. امّا سند حدیث مشکل دارد، «بنان بن محمد و موسی بن قاسم» هر دو مجهول هستند، هرچند بقیّهٔ سند خوب است.

(البتّه ممکن است روایت در مقام اثباتی باشد نه در مقام ثبوتی و اقرار هم، به معنی خود اقرار باشد نه بمعنی امضاء، یعنی طَلِّق گفتن مالک در اینجا، در مقام اثبات، قرینه شود بر اینکه قبلًا اذن داده است).

جمع‌بندی: روایات نکاح فضولی صحیح است و اجازه به یکی از صور چهارگانه ممکن است و با کمک تعلیلاتی که در ذیل روایات نکاح فضولی بود می‌توان به ابواب دیگر هم تعدّی کرد.

نکته: نظر اسلام در مورد برده‌داری

اسلام نظام بردگی را نپذیرفته است، بلکه به عنوان یک مسئلهٔ مقطعی روی آن کار کرده تا به آزادی بشر منتهی شود. این مسأله از سه محور قابل بررسی است:

محور اوّل: اسلام برده‌فروشی را بدترین کار می‌داند و در این رابطه می گوید:

«شرّ النّاس من باع الناس».

محور دوم: اسـلام برای آزادی بردگان فتـح ابواب زیادی را کرده است که خود، فهرست مفصّـلی دارد. در کفّارات، مکاتبه، تدبیر، ذات ولـد و به عنوان یـک مسـتحبّ (در روایات آمـده که علی علیه السـلام هزار غلام از دسترنـج خود خریـد و آزاد کرد) و یا اگر مولی بعضـی شـکنجه‌ها را به عبـدش وارد کنـد عبد آزاد می‌شود و یا اگر عبد کافر در دست کافر مسـلمان شد باید آزاد شود، و یا اگر عبـد شـریکی بود و یکی سـهم خود را آزاد کرد دیگری هم بایـد آزاد کند و ... حتّی ائمّه با کمترین بهانه‌ای، بندهٔ خودشان را آزاد می کردند و بدین طریق اسلام تمام راههای آزادی را به روی بردگان گشود.

محور سوّم: تمام طُرُق استرقاق به روی انسانها بسته شد در حالی که در عصر جاهلیّت به کمترین بهانه‌ای، انسانها برده می‌شدند، مثلًا کسـی که دزدی می کرد و یا بـدهکار بود، برده می گشت؛ ولی اسـلام فقط در جنگها آن هم به صورت واجب مخیّر (فَإِمّا مَنًّا بَعْدُ وَ إِمّا فِداءً) «۱» و مع المصلحهٔ اجازه داده است و مسلّم در شرایط فعلی حاکم فقط «فِداء» را اختیار می کند.

وقتی روی این محورها مطالعه می‌شود، معلوم می‌شود که اسـلام، نظامی مخالف بردگی بوده است، منتهی اسـلام در زمانی آمد که در آن برده‌داری بوده و در جـامعه نفوذ داشـته و ممکن نبوده این مسأله یـک مرتبه کنـار گذاشـته شود، پس اسـلام در ابتـدا آن را مصلحتاً امضاء کرد، به این جهت که آزادی بردگان یکجا ممکن نبود، هم برای خودشان مشکل‌ساز می‌شد و هم برای مالکان آنها، چرا که منبع درآمدی برای امرار معاش نداشتند و لذا اسلام مرحله به مرحله پیش آمد و مالکین را قانع کرد و بندگان را هم کم کم به آزادی رساند و آزادی، تدریجی و بی‌دردسر شد.

۵۲ ادامهٔ مسئلهٔ ۱۳ ... ۱۸/ ۱۰/ ۷۹

طایفهٔ دوّم: روایاتی که می‌گوید نکاح عمو، مادر، برادر، پدر نسبت به پسر کبیر و دختر کبیر، با اجازه صحیح است.

...* عن علی بن مهزیار، عن محمد بن الحسن الاشعری قال: کتب بعض بنی عمّی الی أبی جعفر الثانی

(امام جواد علیه السلام)

ما تقول فی صبیّهٔ زوّجها عمّها، فلمّا کَبُرت ابت التزویج، فکتب لی: لا تکره علی ذلک و الامرُ امرها. «۲»

آیـا معنی حـدیث این است که نکـاح جدیـدی بکنـد یـا این که همان نکاح قبلی را اجازه دهـد؟ قطعاً همان اجازه کافی است (قول بعض عامّه که می گفتند «عن قربٍ» اجازه دهد معلوم می‌شود که فاصلهٔ زمانی مؤثّر نیست).

...* عن الفضل بن عبد الملک عن ابی عبد اللّه فی حدیث قال: اذا زوّج الرّجل ابنه فذاک الی ابنه

(فضولی است و اگر پسر خواست اجازه می‌دهد)

و اذا زوّج الابنهٔ جاز. «۳»

ذیـل حـدیث نشـان می‌دهـد تمام اختیار دختر به دست پـدر است ولی نپـذیرفتیم. در اینجا کاری به ذیل روایت نـداریم و ذیل را در مقابـل روایات دیگر تفسیر کردیم و گفتیم ممکن است مسـتحب باشـد که دختر اختیار خود را به پـدر بدهـد، ولی شاهـد ما صـدر روایت است.

...* عن محمّد بن مسلم، عن ابی جعفر

(امام باقر) علیه السلام:

انّه سأله عن رجل زوّجته امّه و هو غائب، قال النکاح جایزٌ إن شاء المتزوّج

---

(۱) آیهٔ ۴، سورهٔ محمّد.

(۲) ح ۲، باب ۶ از ابواب عقد نکاح.

(۳) ح ۴، باب ۶ از ابواب عقد نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۶۴

قَبِل، و إن شاء ترک

(فضولی از نظر انشاء عقد صحیح است، منتهی یک شرط دارد و آن اجازه است)

فان ترک المتزوّج تزویجه، فالمهر لازم لامّه. «۱»

اشکال: وقتی اجازه به عقد فضولی ملحق نشود، عقد باطل است و مهر ندارد پس ذیل حدیث چگونه توجیه می‌شود؟

جواب: ۱- مرحوم صاحب وسایل بیان می‌کند که بعضی از علماء ما مسأله را حمل کرده‌اند بر جائی که مادر ادّعای وکالت کند و پسر بگوید وکیل نبوده، مادر که ادّعای وکالت دارد باید مهر بدهد چون از نظر او عقد واقع شده است و پسر که منکر است، از نظر او عقدی واقع نشده و چیزی لازم نیست بدهد.

۲- حمل کنیم بر اینکه نکاح صحیح است، منتهی پسر حق فسخ دارد و اگر بخواهد طلاق بدهد و فسخ کند باید مهریه را بدهد و چون مادر سبب این زیان شده، مهر به گردن مادر می‌افتد، منتهی کسی به چنین توجیهی فتوی نداده است، امّا شاهد بحث ما صدر روایت است و شاهد خوبی است.

...* عن محمد بن اسماعیل ابن بزیع قال: سأله رجل عن رجل، مات و ترک اخوین و ابنهٔ و البنت صغیرهٔ، فعمد

(اقدام کرد)

احد الاخوین الوصیّ، فزوّج الابنهٔ من ابنه، ثم مات ابو الابن المزوّج

(برادر اول)

، فلمّا أن مات، قال الآخر

(برادر دوم):

اخی لم یزوّج ابنه، فزوّج الجاریهٔ من ابنه فقیل للجاریهٔ:

(معلوم می‌شود که دختر کبیر شده است و عقد هم فضولی بوده است)

ایّ الزّوجین احبّ الیک الاوّل أو الآخر؟ قالت: الآخر «... ۲»

ذیل حدیث مطالبی دارد که به بحث ما مربوط نیست. تا اینجا دو عقد فضولی خوانده شده است و حضرت در ذیل می‌فرماید عقد دوّمی صحیح است، بنابراین عقد فضولی بوده و همان را امام بعد از اجازه صحیح دانسته است.

...* عن ابان، عن ابی عبد اللّه علیه السلام قال: اذا زوّج الرّجل ابنه کان ذلک الی ابنه و اذا زوّج ابنته جاز ذلک «۳»

(عین این روایت را قبلًا داشتیم).

...* عن ابی عبیدهٔ

(احتمالًا صحیح السند باشد)

قال: سألت أبا جعفر علیه السلام عن غلام و جاریهٔ، زوّجهما ولیّان لهما و هما غیر مدرکین

(بالغ نبودند)

قال: فقال: النکاح جائز، ایّهما ادرک کان له الخیار «... ۴»

اگر ولیّ اقدام کرده

«کان له الخیار»

یعنی چه؟

بعضی گفته‌اند مراد ولیّ عرفی است که قولش نافذ نیست، مثل برادر و عمو نه ولیّ شرعی، بنابراین فضولی است، و خیار در اینجا هم، یعنی خیار در امضاء عقد، پس این حدیث در مورد مسئلهٔ فضولی است که اگر اجازه لاحق شود، صحیح است.

جمع‌بندی: از مجموع این احادیث با ضعف سند بعضی و قوّت سند بعضی، و ضمیمه کردن آنها به یکدیگر استفاده می‌شود که فضولی مع لحوق الاجازه صحیح است.

طایفهٔ سوّم: روایاتی که از طرق عامّه وارد شده است و ثابت می‌کند که عقد فضولی صحیح است.

* عن ابن عبّاس انّ جاریهٔ بکراً، اتت النبی صلی الله علیه و آله فذکرت له أنّ اباها زوّجها و هی کارههٔ، فخیّرها النبیّ «۵»

(مخیّری بپذیری یا نپذیری)

پیامبر نفرمود که صیغهٔ تازه بخوان، پس این حدیث هم صراحت دارد که عقد فضولی بوده و با اجازه صحیح می‌شود.

* عن ابن بُریدهٔ عن أبیه، قال: جاءت فتاهٔ الی النّبی صلی الله علیه و آله فقالت انّ ابی زوّجنی ابن اخیه لیرفع بی خسیسته

(شاید مقام خانوادهٔ دختر بالا بوده و مقام خانوادهٔ پسر پست بوده و خواسته با این کار مقام خانوادهٔ پسر را بالا ببرد)

قال: فجعل الامر الیها، فقالت: قد أجزتُ ما صنع ابی و لکن اردتُ ان تعلم النساء ان لیس الی الآباء من الامر شیء «۶»

۵۳ ادامهٔ مسئلهٔ ۱۳ ... ۱۹/ ۱۰/ ۷۹

صاحب جواهر در ذیل این مسأله حدیثی را به عنوان نبوی از اهل سنّت نقل کرده و می‌فرماید:

* زنی خدمت پیامبر آمد و عرض کرد پدر من بدون تمایل من، مرا به ازدواج درآورده است، پیامبر فرمود:

اجیزی ما صنع ابوک

بعد از این که دختر اجازه نداد، پیامبر فرمود که آزاد هستی، ما از عبارت

«اجیزی ما صنع ابوک»

استفاده می‌کنیم که نکاح فضولی با اجازه درست می‌شود. منتهی بحث در این است که این عبارت به این لفظ در کدام کتاب است؟ در صحاح ستّه و المعجم المفهرس لالفاظ

---

(۱) ح ۳، باب ۷ از ابواب عقد نکاح.

(۲) ح ۱، باب ۸ از ابواب عقد نکاح.

(۳) ح ۳، باب ۱۳ از ابواب عقد نکاح.

(۴) وسائل، ج ۱۷، ح ۱، باب ۱۱ از ابواب میراث الازواج.

(۵) سنن ابن ماجه، ج ۱، ص ۶۰۳ و سنن بیهقی، ج ۷، ص ۱۱۷.

(۶) سنن ابن ماجه، ج ۱، ص ۶۰۲ و سنن بیهقی، ج ۷، ص ۱۱۸.

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۶۵

حدیث النّبوی (معجمی برای صحاح ستّه و مسند احمد حنبل و موطّأ مالک و سنن دارمی) این حدیث وجود ندارد ولی در کتابهای

فقهى اهل تسنّن هست، در مبسوط سرخسى «۱» و در احكام القرآن «۲» جصّاص كه در مورد آيات الاحكام است.

در كتاب ناصريّات «۳» مرحوم سيّد مرتضى هم اين حديث وجود دارد ولى در كتب حديث اهل تسنّن اين حديث يافت نشده است. سرخسى در كتاب مبسوط به اين حديث براى فضولى استدلال نكرده بلكه براى استيذان از بكر استدلال كرده است كه در باكرهٔ رشيده، اجازه گرفتن از باكره لازم است و چنين گفته‌و الدليل عليه (لزوم استيذان بكر) حديث الخنساء (كه زوجهٔ شخصى بوده است)

فانّها جاءت الى النّبى صلى الله عليه و آله فقالت: انّ ابى زوّجنى من ابن اخيه و انا لذلک كارهة، فقال صلى الله عليه و آله: اجيزى ما صنع ابوكِ، فقالت: ما لى رغبة فى ما صنع ابى فقال صلى الله عليه و آله اذهبى فلا نكاح لكِ

(نكاح باطل شده و كالعدم است)

انكحى من شئت، فقالت: أجزتُ ما صنع ابى

(قبل از اجازه، پيامبر فرمود نكاحت باطل است و بعد دوباره دختر اجازه داده است).

و لكنّى اردت ان تعلم النساء ان ليس للآباء من امور بناتهنّ شىءٌ «۴».

اين روايت شاهد بر اين است كه على كل حالٍ فضولى با اجازه درست مى‌شود و احتمال مى‌دهيم كه هر چهار روايت طايفهٔ سوم يک داستان باشد كه روات مختلف آن را نقل كرده‌اند، و لذا از قول عامّه هم صحّت عقد فضولى با روايات متضافر ثابت مى‌شود.

طايفهٔ چهارم: احاديثى كه در ابواب ديگر، غير از نكاح آمده است

ولى مى‌توانيم آنها را با الغاء خصوصيّت به جواز نكاح فضولى ربط دهيم.

اين روايات هفت طايفه هستند:

۱- ما ورد فى باب بيع الفضولى:

از آن جمله حديث عروه بارقى «۵» است.

۲- ما ورد فى ابواب المضاربه:

اگر عامل تعدّى كند و بر خلاف قرارداد كارى انجام دهد، مثلًا جنس ديگرى بخرد فضولى است، اگر خسارتى وارد شد براى عامل و اگر سودى كرد طبق قرارداد مضاربه، تقسيم مى‌شود (بينهم بالشرط) اين كه مى‌گويد سودى كه مى‌كند طبق قرارداد تقسيم مى‌شود، معنى‌اش اين است كه، صاحب مال بدش نيامده و در واقع اجازه داده، پس فضولى با اجازه درست مى‌شود.

۳- ما ورد فى الاتّجار بمال اليتيم من غير اذن الولىّ:

شخصى غاصب، مال يتيم را براى تجارت برمى‌دارد اگر ضرر كرد، دامنش را مى‌گيرد و اگر سودى كرد، براى يتيم است، پس اين فضولى بوده چون تصرّف به اذن ولى نبوده و چون سود كرده و سود به يتيم مى‌رسد لا بد ولى اجازه مى‌دهد (در روايت ندارد كه بعداً اجازه داده است ولى طبيعتاً در جائى كه سود كند اجازه خواهد داد).

اين روايات هم مصداق واضح صحّت فضولى بعد از اجازه است.

۴- ما ورد فى ابواب الخمس عند التّصرّف بغير اذن الامام:

كسى در خمس بدون اذن امام تصرّف كرد و امام اجازه دادند، پس آن تصرّفات فضولى مع الاجازه بوده است. در زمان ما هم افرادى كه در اموال غير مخمّس تصرّف مى‌كنند، تصرّفات فضولى است، البتّه وقتى براى حساب مى‌آيند ما هم طبق آنچه كه از ائمّه ياد گرفته‌ايم اجازه مى‌دهيم.

۵- ما ورد فی الخیانة فی الودیعة:

ودیعه‌ای نزد شخصی گذاشته‌اند، خیانت می‌کند و می‌گوید دزد برده است، بعد از مدّتی پشیمان شده و می‌گوید: من خیانت کرده و با آن مال معامله کردم

«فجاء بالودیعة مع ربحها»

، غاصب معامله نموده و سود کرده است این کار فضولی بوده و چون هر کسی معمولًا به سود راضی است، این اجازهٔ فضولی می‌شود.

۶- ما ورد فی امضاء الورثة الوصیّة الزائدة علی الثلث بعد وفاة المیّت:

شخصی وصیّت کرده که خانهٔ مرا به همسرم بدهید، با این که وصیّت در ثلث نافذ است و وصیّت تملیک است و جزء عقود، اگر ورثه بیش از ثلث را اجازه دهند، وصیّت نافذ است. این نیز فضولی است چون تملیکی است زائد بر حقّش (بیش از ثلث) و این تملیک بعد از اجازهٔ صاحبان حق، ممضی می‌شود.

۷- ما ورد فی ابواب مجهول المالك (لقطة) اذا جاء صاحبها و رضیت کانت الصدقة له:

مال مجهول المالك صدقه داده شد و بعد صاحبش پیدا شد، اگر صدقه را اجازه دهد صدقه برای مالك است و اگر اجازه نداد ضامن است و باید عوض آن را به مالك بدهد، پس در اینجا صدقه که نوعی تملیك است، و شارع در صورت رضایت شخص، این عقد فضولی

---

(۱) ج ۵، ص ۲.

(۲) ج ۳، ص ۴۱۴.

(۳) ص ۳۳۱.

(۴) مبسوط سرخسی، ج ۵، ص ۲.

(۵) مستدرك، ج ۱۳، ص ۲۴۵، ح ۱۵۲۶۰.

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۶۶

را صحیح می‌داند.

نتیجه: از مجموع این روایات که در ابواب مختلف آمده است می‌توانیم الغاء خصوصیت کرده و بگوئیم: الفضولی لا یختص ببابٍ دون باب بل یصحّ الفضولی فی جمیع الابواب حتّی النکاح، اگر الغاء خصوصیّت را پذیرفتیم طایفهٔ چهارم دلیل مستقلّ است، و اگر الغاء خصوصیّت را نپذیریم لااقل مؤیّد بسیار خوبی است ولی ما آن را دلیل می‌دانیم چون نمی‌شود همهٔ روایات را تعبّد دانست.

ادلّهٔ قائلین به عدم صحّت عقد فضولی:

اشاره

شیخ طوسی و فخر المحقّقین در ایضاح (از مخالفین عقد فضولی) چهار دلیل برای قولشان ذکر کرده‌اند که عمدهٔ دلیلشان همان دلیل چهارم است:

۱- اصل:

اصل در معاملات و نکاح فساد است (اصالهٔ الفساد) و زوجیّت و تأثیر عقد امر تازه‌ای است که باید ثابت شود. مرحوم نراقی در مستند در همین بحث استناد به اصل کرده است.

جواب: اصل در جائی است که دلیل نباشد و حال آنکه این همه دلیل در مسأله وجود دارد (عمومات، سیرهٔ عقلا و چندین طایفه روایات).

۵۴ ادامهٔ مسئلهٔ ۱۳ ... ۲۰/ ۱۰/ ۷۹

۲– تخلّف اثر از مؤثّر (دلیل عقلی):

فخر المحقّقین می‌فرماید:

انّ العقد سبب الاباحهٔ فلا یصحّ صدوره من غیر معقودٍ علیه او ولیٍّ. «۱» عقد سبب ترتیب آثار است و ایجاب می‌کند که اجازه و رضایت در موقع انشاء عقد موجود باشد، تا آثار مترتّب شود و الّا اگر اجازه تأخیر بیافتد، عقدی حاصل شده ولی اباحه و ترتّب آثار هم نشده است و این تخلّف اثر از مؤثّر است.

جواب: این که شما می‌فرمائید عقد سبب اباحه است، آیا مرادتان انشاء لفظی است یا انشاء مع جمیع الشرائط (آیا انشاء علّت تامّه است یا علّت ناقصه؟) ما هم قبول داریم که «العقد سبب الاباحهٔ»، امّا مع وجود الشّرائط، پس اگر عقد بدون شرایط حاصل شود انتظار می‌کشیم تا زمانی که شرایط حاصل شود و آن وقت، اباحه حاصل می‌شود، پس انشاء لفظی علّت ناقصه و رضایت و اذن جزء اخیر علّت است، که با آمدن آن آثار هم می‌آید، غایهٔ الامر بین انشاء لفظی و اثر فاصله شده است که این هم مانعی ندارد مثلًا کسی که وصیّت می‌کند، ممکن است ده سال بعد بمیرد و آثار وصیّت ده سال بعد از آن محقّق می‌شود، پس شرط وصیّت فوت است که بعداً محقّق می‌شود و آثار، مع اجتماع شرایط حاصل می‌شود و یا در خیار تخلّف شرط، اگر بعد از یک سال هم خلاف شرط رفتار شد، خیار دارد در اینجا نیز شرایط بعداً حاصل می‌شود و یا وقف برای بعد از فوت (وقف مقطوع الاوّل) که خیلی‌ها جایز می‌دانند (ما هم جایز می‌دانیم) الان انشاء می‌کند و اثر بعداً ظاهر می‌شود، یا در عبد مدبّر و ... فضولی هم مثل این موارد است.

۳– عدم تأخّر شرط از مشروط (دلیل عقلی):

فخر المحقّقین در کتاب ایضاح می‌فرماید: رضاء المعقود علیه أو ولیّه شرط و الشرط لا یتأخّر عن المشروط «۲»، رضایت و اجازه شرط است و شرط از مشروط متأخّر نمی‌شود و شرط متأخّر جایز نیست و شرط باید متقدّم و یا متقارن باشد.

جواب: اوّلًا: مشروط چیست؟ آیا مشروط انشاء لفظی است یا نقل و انتقال؟ به عبارهٔ اخری مشروط عقد سببی (انشاء) است یا عقد مسبّبی (نتیجه و انتقال)؟ اگر مشروط انشاء لفظی و عقد سببی است، باید رضایت، مقارن باشد؛ ولی مشروط نقل و انتقال و نتیجه است که شرط از آن متأخّر نیست و تا رضایت و انشاء نباشد نقل و انتقال حاصل نمی‌شود، پس خلطی در کلام فخر المحقّقین، بین عقد سببی و عقد مسبّبی، شده است و اگر هم کسی شرط متأخّر را باطل بداند، اینجا ربطی به شرط متأخّر ندارد.

ثانیاً: شرط متأخّر، در عالم تشریع و اعتبار باطل نیست و در عالم تکوین باطل است.

۴– روایات (مهمترین دلیل):

احادیث کم نیست منتهی چون شبیه هم و متضافر هستند، از سند آنها بحثی نمی‌کنیم.

...* عن ابی العباس البقباق قال: قلت لأبی عبد اللّه علیه السلام: یتزوّج الرّجل بالأمهٔ بغیر علم اهلها؟ قال: هو زنا، انّ اللّه یقول:

فَانْکِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ. «۳»

...* عن ابی العبّاس قال: سألت أبا عبد اللّه علیه السلام عن الأمهٔ تزوّج بغیر اذن اهلها، قال: یحرم ذلک علیها و هو الزنا. «۴»

...* عن فضل بن عبد الملک قال: سألت أبا عبد اللّه علیه السلام عن الأمهٔ

---

(۱) ایضاح الفوائد، ج ۳، ص ۲۸.

(۲) ایضاح الفوائد، ج ۳، ص ۲۸.

(۳) ح ۱، باب ۲۹ از ابواب نکاح عبید و اماء.

(۴) ح ۲، باب ۲۹ از ابواب نکاح عبید و اماء.

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۶۷

تزوّج بغیر اذن موالیها، فقال: یحرم ذلک علیها و هو الزنا. «۱»

این سه حدیث می‌گوید اگر بدون اجازه باشد زنا است. (احادیث اطلاق دارد).

جواب: آیا واقعاً این احادیث اطلاق دارد یا ناظر به آن جائی است که مطلقاً اجازه نیامده و تا آخر بدون اجازه است؟ مسلّماً اطلاق ندارد بلکه می‌گوید اگر تا آخر بدون اجازه باشد، و کاری صورت بگیرد، چون علّت تامّه حاصل نشده، زناست. بعضی گفته‌اند که این روایات با روایات قبلی تعارض دارد، ولی این حرف درستی نیست، چون این روایات ظهوری ندارد تا تعارضی باشد. پس جواب صحیح این است که فرض روایت برای جائی باشد که اجازه مطلقاً نیست و اگر گفته شود این روایات ابهام دارند، در این صورت روایات سابقه مفسّر می‌شود که با لحوق اجازه عقد صحیح باشد، نه این که تعارضی بین این روایات باشد.

...* عن ابن ابی یعفور، عن ابی عبد اللّه علیه السلام قال: لا تنکح ذوات الآباء من الابکار الّا باذن آبائهنّ. «۲»

...* عن منصور بن حازم، عن ابی عبد اللّه علیه السلام قال: تستأمر البکر و غیرها

شیرازی، ناصر مکارم، کتاب النکاح (مکارم)، ۶ جلد، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۲۴ ه ق کتاب النکاح (مکارم)؛ ج۲، ص: ۶۷

(ولیّ مستقل نیست)

و لا تُنکح الّا بامرها «۳»

از این روایت استفاده می‌کنند که اوّل باید اجازه بگیرند، بعد صیغه را بخوانند یعنی فضولی باطل است.

...* عن ابراهیم بن میمون، عن ابی عبد اللّه علیه السلام قال: اذا کانت الجاریهٔ بین ابویها

(باکره است)

فلیس لها مع ابویها امرٌ «... ۴»

. از این احادیث اینطور استفاده کرده‌اند که اول باید اجازه گرفت و بعد صیغهٔ عقد را خواند، پس از این روایات، تقدّم اذن را استفاده می‌کنند.

جواب: «باذن اهلهنّ» و «الّا بامرها» و «لیس لها مع ابویها امرٌ» معنایشان این است که نکاح باید اذنی داشته باشد و فرقی نمی‌کند که آن اذن مقارن، مقدّم یا مؤخّر باشد و اگر ابهامی هم باشد روایات سابقه مفسّر آن خواهد بود.

[مسألهٔ ۱۴ (مَنْ له الاجازهٔ فی الفضولی)]

اشاره

۵۵ مسألة ۱۴ (مَنْ له الاجازة فی الفضولی ...) ۲۱/ ۱۰/ ۷۹

مسألة ۱۴: إن کان المعقود له، ممّن یصحّ منه العقد لنفسه، بان کان بالغاً عاقلًا فانّما یصحّ العقد الصادر من الفضولی باجازته، (چون صاحب عقد بالغ و عاقل است)

و ان کان ممّن لا- یصحّ منه العقد و کان مولّی علیه بان کان صغیراً او مجنوناً فانّما یصحّ إمّا باجازة ولیّه فی زمان قصوره او اجازته بنفسه بعد کماله، فلو أوقع الاجنبی عقداً علی الصغیر أو الصغیرة وقفت صحةُ عقده علی اجازتهما له بعد بلوغهما و رشدهما إن لم یُجِز ابوهما او جدّهما فی حال صِغرهما، فأیٌّ من الاجازتین حصلت کَفَت، نعم یعتبر فی صحّة اجازة الولی ما اعتبر فی صحّة عقده، فلو اجاز العقد الواقع علی خلاف مصلحة الصغیر لَغَت اجازته و انحصر الامر، فی إجازته بنفسه بعد بلوغه و رشده.

عنوان مسأله:

اساس مسئلهٔ چهارده تحریر این است که چه کسی باید اجازهٔ فضولی را بدهد؟ جواب آن معلوم است، کسی که عقد برای او است، خودش، ولیّ‌اش، وکیلش یا وصیّی که جانشین ولیّ است، باید اجازهٔ فضولی را بدهند. امام (ره) فقط صاحب عقد و ولی را گفته و اشاره‌ای به وکیل و وصیّ نکرده است.

ادلّه:

۱- «قضایا قیاساتها معها»:

معلوم است که صاحب العقد باید اجازه دهد (خودش یا ولی‌اش یا وکیلش) و اگر بخواهیم به زبان علمی بیان کنیم، می‌گوئیم عمومات أَوْفُوا بِالْعُقُودِ می‌گوید «عقودکم» و عقد زمانی عقد است، که شخص، وکیلش یا ولیّ‌اش اجازه دهد. منتهی در زمان ما ولیّ صلاح نیست که اجازه دهد، مگر در موارد استثنائی.

۲- روایات خاصّه:

از جمله روایت أبو عبیده حضرمی که می‌گفت دو ولی، غیر از اب و جد عقد دو صغیره را خواندند، امام فرمود:

ایّهما بلغ و اجاز صحّ

، صاحب العقد باید اجازه دهد و اگر هر کدام انکار کردند باطل است،

و لو ماتا فی الصغر، لا میراث بینهما

معنی‌اش این است که عقد هر دو باطل بوده است، چون اگر عقد صحیح باشد از هم ارث می‌برند. اگر روایت تعبیر

«العقد جایز»

دارد یعنی در حد انشاء جایز است نه بیشتر.

روایات از این قبیل زیاد است، منتهی دو نکته واضح است، ولی برای تأکید آن را ذکر می‌کنیم:

۱- چرا امام (ره) وکیل و وصیّ را در عبارت خود نفرموده است؟

لا بد باید بگوئیم‌لوضوحه، چون واضح است که وکیل و وصی جانشین ولیّ هستند.

۲- انسان برای خودش، لازم نیست رعایت مصالح کند (ایثار در خود انسان امر پسندیده است) ولی وکیل و وصیّ و ولیّ باید مصلحت را رعایت کنند چون حق ایثار ندارد، وصیّ و ولیّ که واضح

(۱) ح ۳، باب ۲۹ از ابواب نکاح عبید و اماء.

(۲) ح ۵، باب ۶ از ابواب عقد نکاح.

(۳) ح ۱، باب ۹ از ابواب عقد نکاح.

(۴) ح ۳، باب ۹ از ابواب عقد نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۶۸

است حق ندارند ولی اگر به وکیل اجازه ایثار داده باشد، می‌تواند.

[مسألة ۱۵ (تأخّر الإجازة عن العقد الفضولی)]

اشاره

۵۶ مسألة ۱۵ (تأخّر الاجازة عن العقد الفضولی ...) ۲۴/ ۱۰/ ۷۹

مسألة ۱۵: لیست الاجازة علی الفور، فلو تأخّرت عن العقد بزمنٍ طویل صحّت، سواءٌ کان التأخیر من جهة الجهل بوقوعه أو لاجل التّروی او للاستشارة أو غیر ذلک (مثلًا برای استخاره یا مسائل دیگری مثل اینکه دختر، خواستگارهای دیگری غیر از این مورد فضولی دارد که باید بررسی کند و لذا تأخیر می‌اندازد تا تکلیف بقیّه روشن شود).

اقوال:

خیلی از فقها متعرّض این مسأله نشده‌اند و حتّی بعضی متعرّض فضولی هم نشده‌اند ولی از میان معاصرین و متأخّرین مرحوم نراقی در مستند «۱»، مرحوم شیخ انصاری در بحث بیع فضولی مکاسب، مرحوم محقّق یزدی در عروه «۲» و شارحین عروه مانند مرحوم آقای حکیم «۳» و مرحوم فقیه سبزواری در کتاب مهذّب «۴»، متعرّض آن شده‌اند و هیچ مخالفی را در این مسأله نقل نکرده‌اند (ارسلوه ارسال المسلّمات) بلکه بعضی تعبیری دارند که دلیل بر عدم خلاف است:

مرحوم آقای حکیم می‌فرماید: هو المعروف، و مرحوم سبزواری می‌فرماید: لِتسالم الاجلّه.

از این عباراتی که بیان شد معلوم می‌شود در بین متأخّرین، مسأله روشن بوده است که تأخیر اجازه اشکالی ندارد.

ادلّه:

اشاره

در حلّ یک مسأله، باید به سراغ ادلّهٔ اصلی و از ادلّهٔ اصلی سراغ فروع آن رفت (اجتهاد یعنی رد الفروع الی الاصول) پس به دلائلی که در عقد فضولی داشتیم برمی‌گردیم: عمومات، سیرهٔ عقلا و احادیث، و از آنها در حلّ این مسأله کمک می‌گیریم.

۱- عمومات:

عمومات «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» معنایش «اوفوا بعقودکم» است، یعنی استناد به شخص عاقد لازم است و بعد از اجازه «العقد یکون عقده» چه فاصله داشته باشد و چه نداشته باشد، پس تأخّر اجازه لطمه‌ای به صحّت عقد وارد نمی‌کند.

۲- سیرهٔ عقلا:

اگر عقد فضولی واقع شد، مثلًا دلّال قولنامه‌ای تنظیم کرد و مشتری امضاء کرد، ولی دست رسی به صاحب خانه پیدا نشد و بعداً صاحب خانه آمد و به آن راضی شد و امضاء کرد، عقلا این عقد را قبول دارند اگر چه فاصلهٔ زمانی هم زیاد باشد، پس سیرهٔ عقلا حاکم است.

۳- روایات:

همانگونه که در اصل مسئلهٔ عقد نکاح فضولی احادیث زیادی داشتیم، در فوریّت و عدم فوریّت هم احادیث زیادی داریم.
* حدیث أبو عبیده «۵» که مضمون حدیث این بود: «دو ولیّ غیر شرعی، پسر و دختری را به عقد هم درآورده بودند، امام فرمود باید بزرگ شوند، اگر بعد از بلوغ اجازه دهند عقد صحیح است». در حالی که معلوم نیست، چند سال به بلوغ آنها مانده است و امام هم سؤال نکرد (ترک استفصال)، پس فوریّت شرط نیست.
نکته: یکی از قواعد اصولی «ترک استفصال» است، اولین کسی که آن را مطرح کرده، مرحوم میرزای قمی در بحث عموم و خصوص است، می‌فرماید: «ترک الاستفصال فی حکایهٔ الحال مع قیام الاحتمال ینزل منزلهٔ العموم فی المقال» «۶» اگر مسئله‌ای سؤال شد و صوری داشت و امام از آن صور سؤال نکرد و جواب داد دلالت بر عموم می‌کند یعنی سؤال جزئی ولی جواب آن عام بوده است.
* حدیث ابن بزیع «۷» که مضمون حدیث این بود «پدری فوت کرد و دختر صغیره‌ای از او باقی ماند و برادر اوّل میّت وصی او شد و دختر را برای پسر خود عقد کرد و بعد از فوت برادر اوّل، برادر دوم، دختر را برای پسر خودش عقد کرد، دختر بعد از بلوغ، عقد دوّم را اجازه داد، امام فرمود: همان درست است» در حالی که عادتاً بین عقد و اجازه خیلی فاصله شده است.
* روایت علی بن مهزیار «۸» که مضمون روایت این بود «دختر کوچکی را عمویش، به عقد کسی درآورد، هنگامی که کبیر شد امتناع کرد و امام فرمود: «الامر امرها» یعنی اگر اجازه کند درست و اگر اجازه نکند باطل است»، این دختر هم صغیری بوده که سالها طول کشیده تا بالغ شده است، پس بین عقد و اجازه فاصله شده است.

---

(۱) ج ۱۶، ص ۱۸۰.
(۲) عروهٔ، ج ۲، مسئلهٔ ۱۸ از مسائل اولیاء عقد، ص ۸۷۰..
(۳) مستمسک عروه، ج ۱۴، ص ۴۹۱.
(۴) مهذّب، ذیل مسئلهٔ ۱۸ از عروه.
(۵) وسائل، ج ۱۷، ح ۱، باب ۱۱ از ابواب میراث الازواج.
(۶) قوانین، ص ۲۲۵.
(۷) ح ۱، باب ۸ از ابواب عقد نکاح.
(۸) ح ۲، باب ۶ از ابواب عقد نکاح.

کتاب النكاح (مكارم)، ج۲، ص: ۶۹

* احادیث زیادی که در طایفهٔ اولی «۱» در مورد عبید و اماء داشتیم. مضمون احادیث این بود: «عبدی ازدواج کرده، بعد از آنکه مولی باخبر شد، سکوت کرد، امام فرمود سکوت آنها امضای آنها است و سؤال نکرد که مولی فوراً باخبر شد یا نه؟» (ترک استفصال) قاعدتاً عبد مخفی کاری می‌کند و زمانی طول کشیده تا مولی از جریان باخبر شده، پس جوابی که امام می‌دهد، دلیل بر این است که طول مدّت یا کوتاهی آن فرقی نمی‌کند.

* احادیث عامّه‌ای که در طایفهٔ ثالثه «۲» داشتیم که مضمون آنها این بود: «دختری خدمت پیامبر آمد و گفت:

«ابی زوّجنی و انا کارهة»

پیامبر جواب داد اگر حرف پدر را گوش کنی بهتر است و گرنه مختار هستی» بسیار بعید است که تا عقد واقع شده، سریعاً خدمت پیامبر آمده باشد، چون وقتی مشکل خیلی شدید می‌شد، خدمت پیامبر می‌آمدند و اگر این را قبول نکنید، لااقل ترک استفصال است، که دلالت می‌کند بر اینکه فاصلهٔ بین عقد و اجازه عیبی ندارد.

* احادیث زیادی که در طایفهٔ چهارم داشتیم که مربوط به بابهای مختلف بود، از جمله:

ما ورد فی الاتّجار بمال الیتیم من غیر اذن الولی

مضمون احادیث مربوطه این بود «شخصی تجارت با مال یتیم کرده بود، امام فرمود: سودها برای یتیم است» درحالی‌که فاصلهٔ عقد و اجازه زیاد است.

ما ورد فی ابواب المضاربه

مضمون احادیث مربوطه این بود «عامل تعدّی کرده و جنس دیگری خریداری کرد، امام فرمود سود بینهما است» در حالی که تا مالك باخبر شود و این معامله را اجازه کند طول می‌کشد، ولی امام فرمود اشکالی ندارد.

ما ورد فی ابواب مجهول المالك

مضمون احادیث مربوطه این بود «مال مجهولی از طرف صاحبش صدقه داده شد و امام فرمود: اگر صاحبش پیدا و راضی شد، صدقه از جانب اوست و اگر راضی نشد ضامن است». در اینجا هم بین عقد و اجازه فاصله زیاد است، ولی امام آن را صحیح می‌داند.

ما ورد فی الخیانة فی الودیعة

مضمون احادیث این بود «کسی با مال امانتی کاسبی کرد و بعد توبه کرد و برای کامل شدن توبه اصل امانت و سودها را به صاحبش برگرداند» زمان زیادی طول کشیده تا مالك اجازه داده و اگر مالك امضاء نمی‌کرد، سود به او نمی‌رسید.

ما ورد فی امضاء الورثة الوصیّة الزائدة علی الثلث

مضمون احادیث این بود «اگر بعد از موت، ورثه زائد بر ثلث را امضاء کردند، عقد میّت صحیح است»، در اینجا نیز بین عقد و اجازه فاصلهٔ زیادی شده است و معلوم می‌شود که تأخیر اجازه از عقد مانعی ندارد.

این همه روایت در عقد نکاح و عقود دیگر داریم که بین عقد و اجازه فاصلهٔ زیادی شده است و در هیچ کدام نگفته‌اند که عقد باطل است. و من العجب بعضی از بزرگان در باب نکاح فقط به روایت «صحیحهٔ محمد بن قیس» که برای باب بیع است استناد کرده‌اند. شیخ انصاری در بیع فضولی، برای صحّت تأخیر اجازه به این روایت تمسّك کرده، همچنین آقای حکیم در مستمسك فقط به همین روایت استناد کرده است، در حالی که این همه روایات متعدّد داشتیم و روایت محمّد بن قیس اشکالات متعدّد دارد. که ان شاء اللّه در مسئلهٔ ۱۶ مفصّلًا آن را بررسی خواهیم کرد.

جمع‌بندی:

از احـادیث متعـدّدی، که قسـمتی در بـاب نکـاح و قسـمتی در بـاب بیع، وصیّت، تجـارت به مـال یتیم، امانت و ... داریم، گاهی به صراحت و گـاهی به ترک اسـتفصال و گـاهی بـا قرائن حالیّه اسـتفاده می‌شود که تأخیر اجازه مطلقاً جایز است و فرقی نمی‌کنـد که تأخیر به چه جهت است و تفصیلی داده نشده است.

۵۷ ادامهٔ مسألهٔ ۱۵ ... ۲۵/ ۱۰/ ۷۹

اشـکال: از جمله احادیثی که برای صـحّت نکاح فضولی به آن استدلال شد «احادیث لقطه» است که می‌گوید: اگر مالی پیدا شود و از طرف صاحبش صـدقه داده شود و بعـداً صاحبش پیدا شد و راضـی به صدقه شد، جایز است و اگر راضـی نشد، باید پول را به او بپردازد و صـدقه از مـال خود اوست و حـال آن که شـارع اجـازه داده است که لقطه، از طرف صاحب اصـلی‌اش صـدقه داده شود و شـارع مالـک الملوک و ولیّ همـه است، پس این صـدقه فضـولی نیست بلکه بـاذن الـولیّ است، (ولیّ گـاهی پـدر و جـدّ و گـاهی خداست) مثل مال احتکار شده که شارع اجازهٔ فروش می‌دهد، با اینکه مالک راضی نیست.

جواب: در ذیل احادیث لقطه امام می‌فرماید:

«اذا رضی

---

(۱) ح ۱ و ۲، باب ۲۴، ح ۱، باب ۲۵، ح ۱، باب ۲۶، ح ۱، باب ۲۷ از ابواب نکاح عبید و اماء.

(۲) سنن بیهقی، ج ۷، ص ۱۱۷ و ۱۱۸ و سنن ابن ماجه، ج ۱، ص ۶۰۲ و ۶۰۳.

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۷۰

صاحبها فهو له و ان لم یرض فهو لک »...

، شارع می‌گویـد اجازهٔ منِ شارع مشـروط است، اگر مالک پیدا نشد ضامن نیست، ولی اگر پیدا شد و راضـی به صدقه نشد، ضامن است و پولش را باید پس دهد.

بقی هنا امران:

الأمر الاوّل: جمعی از اعلام در ذیل این مسأله متعرض نکته‌ای شده‌اند که در تحریر نیست

و آن این که، اگر تأخّر اجازه باعث ضرر و زیان اصیل (طرف غیر فضولی) شود یعنی اصیل مجبور باشد تا تکلیف اجازه و ردّ معلوم نشده صبر کند، امّا طرف فضولی امروز و فردا کند در این صورت اصیل می‌تواند به حکم لا ضرر، نکاح را فسخ کند.

قلنا: اگر قائل به نقل در اجازه باشـیم (یعنی از لحظـهٔ اجازه، عقد جوش می‌خورد) در این صورت اجازه هنوز نیامده و ممکن نیسـت که از طرف اصـیل قطعی باشـد، بنـابراین اصـیل آزاد است و معـامله قطعی نیست که فسـخ بخواهـد. و اگر قائـل به کشف در اجـازه باشـیم، ممکن است بگوئیم عقد حاصل شده و اجازهٔ بعدی، کاشف از صحّت عقد فعلی است، و از اوّل، عقد درست بوده است. در اینجا جای آن است که کسـی بگوید اصـیل نمی‌تواند آن را به هم بزند، ولی می‌توان با «استصـحاب عدم اجازه در آینده» مشکل را حل کرد، به این بیان که، نمی‌دانیم آیا در آینـده اجازه می‌آیـد یا نه، اصل عـدم اجازه در آینـده است (استصـحاب، هم در گذشـته حجّت است و هم در مستقبل، منتهی در صورتی که اثر داشته باشد). پس اصیل احتیاج به فسخ ندارد و آزاد است و تعهّدی ندارد.

ان قلت: با وجود عموم لا ضرر، اصیل نمی‌تواند عقد را فسخ کند و دیگر نوبت به تمسّک به استصحاب نمی‌رسد.

قلنا: استصـحاب در موضوع مقدّم بر عمومات حکمی (اصل حکمی) است و در اینجا عموم در ناحیهٔ حکم است و استصـحاب اصـل موضوعی است و مقدّم است.

الامر الثّانی: تأخّر اجازه دو گونه است:

گاهی عالماً تأخیر می‌اندازد و گاهی، علم به فضولی ندارد و لذا تأخیر می‌اندازد، آیا فرقی بین این دو صورت هست؟
قلنا: فرقی نمی‌کند، چون تأخیر ممکن است علل مختلفی داشته باشد و تأخیر مع العلم دلیل بر ردّ نیست، بلکه ممکن است برای تروّی، استشاره، استخاره یا انتخاب باشد، بخصوص که بعضی از روایات صریح در تأخیر مع العلم بود، مثل حدیث «محمّد بن قیس» که ابتدا مولی عالماً اجازه نداد ولی بعداً اجازه داد، تأخیر در اینجا مع العلم بود و مع ذلک امام فرمود صحیح است.

[مسألهٔ ۱۶ (لا اثر للإجازهٔ بعد الرّدّ فی الفضولی)]

اشاره

۵۸ مسألهٔ ۱۶ (لا اثر للإجازهٔ بعد الرّدّ فی الفضولی ...) ۲۶/ ۱۰/ ۷۹
مسألهٔ ۱۶: لا اثر للاجازهٔ بعد الرّدّ، و کذا لا اثر للردّ بعد الاجازهٔ فبها (اجازه)
یلزم العقد و به (ردّ)
ینفسخ، سواء کان السابق من الرّدّ أو الاجازهٔ واقعاً من المعقود له او ولیّه (آن کسی که صاحب اختیار است)
، فلو اجاز أو ردّ ولیّ الصغیرین، العقد الواقع علیهما فضولًا، لیس لهما بعد البلوغ ردّ فی الاوّل و لا اجازهٔ فی الثانی (قسمت مهمّ در مسأله آن جائی است که می‌گوید اجازهٔ بعد از رد اثری ندارد و بقیّهٔ مسأله واضح است).

اقوال:

اشاره

در دو شاخهٔ مسأله (عدم تأثیر اجازهٔ بعد از ردّ و عدم تأثیر ردّ بعد از اجازه) ادّعای اجماع شده است، مرحوم نراقی می‌فرماید:
لو قبل عقد الفضولی و اجازه، لزم من جهته، و لیس له بعده ردّه الّا بالطّلاق اجماعاً و لو ردّه لم تؤثّر بعده الاجازهٔ للبطلان بالرّدّ بالاجماع، فلم یبق شیء تؤثّر معه الاجازهٔ! «۱»
این ادّعای اجماع در کلام شیخ انصاری و دیگران هم وجود دارد که اجازهٔ بعد از ردّ اثری ندارد همان گونه که ردّ بعد از اجازه، مؤثّر نمی‌باشد.
البتّه در این اواخر مخالفینی پیدا شده است، مرحوم سیّد، صاحب عروه در کتاب البیع (حاشیه بر مکاسب) می‌فرماید مانعی ندارد که اجازه بعد از ردّ، مؤثّر واقع شود همچنین در مسئلهٔ ۴ باب وصیّت عروه می‌فرماید: اگر ورثه وصیّت را ردّ کردند، مانعی ندارد بعداً اجازه بدهند. بنابراین صاحب عروهٔ در دو جا مخالفت کرده است. بعد از مرحوم سیّد، آقای خوئی دنبالهٔ مطلب را گرفته‌اند و می‌فرمایند: اجازهٔ بعد از ردّ، صحیح است و اشکالی ندارد که این اجازه نفوذ داشته باشد و ادلّه‌ای هم ذکر می‌کند که بعداً بیان می‌کنیم در آخر کلامی می‌فرمایند:
و ممّا تقدّم یظهر، انّه لا دلیل علی عدم تأثیر الاجازهٔ بعد الرّد «۲».
ما نیز در کتاب البیع مکاسب گفته‌ایم که اجازهٔ بعد از ردّ، مؤثّر است.

خلاصهٔ اقوال:

اجماع در بین متقدّمین این است که اجازه بعد از رد مؤثّر نیست

---

(۱) مستند، ج ۱۶، ص ۱۸۰.

(۲) کتاب النکاح، ج ۲، ص ۳۲۳.

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۷۱

ولی در بین متأخّرین عدّه‌ای قائل شده‌اند که اجازه بعد از ردّ، مؤثّر و منشأ اثر است چون در بسیاری از نکاح‌ها معقود علیها ابتداءً نمی‌پذیرد ولی بعد از اینکه با او صحبت شد می‌پذیرد. آیا چنین اجازه‌ای مؤثّر است؟ پس این مسأله خیلی مورد ابتلاء است.

ادلّهٔ قول مشهور:

اشاره

قائلین به عدم نفوذ اجازه بعد از ردّ، سه دلیل برای مدّعای خود اقامه می‌کنند که از آن جواب می‌دهیم.

۱- اجماع

جواب: ممکن است اجماع مدرکی باشد و اجماع مدرکی حجّت نیست.

در اجماع مدرکی، لازم نیست بگوئیم که مجمعین حتماً استناد به مدارک دیگری غیر از اجماع کرده‌اند، بلکه اگر احتمال آن را هم بدهیم کافی است، زیرا شرط اجماع، کاشفیّت از رأی معصوم است و این کاشفیّت در زمانی است که احتمال مدرک دیگری را در مسأله ندهیم و حال آن که این مسأله مدارک دیگری هم دارد که ممکن است، مدرک مجمعین هم، همین‌ها باشد.

۲- الاجازهٔ قائمةٌ مقام القبول:

اگر مشتری بعد از ایجابِ قابل، آن را رد کند دیگر قبول مؤثر نیست (بایع گفت «بعتک» و مشتری رد کرد و گفت «لا اقبل» و بعد گفت «قبلت» این مؤثّر نیست چون انشاء قبول، باید به ایجاب متّصل باشد و در اینجا بین ایجاب و قبول فاصله انداخته است) در ما نحن فیه اجازه، جانشین قبول اصیل شده است و لذا بعد از ردّ، مؤثّر نیست یعنی اگر فاصله‌ای بین آن و ایجاب بیاید، انشاء را بهم می‌زند.

جواب: اوّلًانقل کلام می‌کنیم به قبول در ناحیهٔ اصیل، و می‌گوئیم چه اشکالی دارد که در آنجا هم، قبول اصیل را بعد از ردّ، مؤثّر بدانیم چون عقد عرفی است، مثلًا در مجلس عروسی وکیل عروس ایجاب را می‌خوانند امّا داماد قبول نمی‌کند بعد او را توجیه می‌کنند و می‌پذیرد و بعد از آن قبول را می‌خواند، عقلا این عقد را صحیح می‌دانند و می‌گویند این قبول اشکالی ندارد.

اوضح من ذلک، جائی است که انشاء به کتابت باشد. مثلًا محضردار عقدنامه را نوشت و عروس امضا کرد ولی داماد گفت پشیمانم و امضاء نکرد، بعد او را قانع کردند و روز بعد امضاء کرد، عقلا آن را صحیح می‌دانند و این فاصله شدن و ردّ کردن را مبطل نمی‌دانند.

نتیجه: در عقد لفظی اگر فاصله زیاد نشود به طوری که اجازه (قبول) به ایجاب بچسبد، اشکالی ندارد و این اجازه بعد از ردّ، قبول است.

ثانیاً: سلّمنا که در اصیلین، تخلّل ردّ بین ایجاب و قبول، موجب بطلان شود امّا قیاس فضولی به آن قیاس مع الفارق است چون فضولی ایجاب و قبول را دارد و بین آن دو علقه ایجاد شده و فقط رضایت صاحب العقد را می‌خواهد، یعنی جسم عقد حاصل شده است و روح عقد که اجازه است حاصل نشده؛ ولی در اصیل فقط انشاء موجب است و انشاءِ قابل هنوز نیامده است.

۳- قطع العلقه بعد الرّدّ:

با عقد فضولی یک علقه‌ای بر مال یا نفس پیدا می‌شود، و صاحب العقد وقتی عقد فضولی را ردّ می‌کند و می‌گوید نمی‌خواهم، علقه قطع می‌شود و وقتی علقه قطع شد چیزی باقی نمی‌ماند و اگر ردّ او این علقه را قطع نکند مخالفت با «النّاس مسلّطون علی اموالهم و انفسهم » ... است. حال که علقه را قطع کرد دیگر اجازه نافذ نیست.
جواب: عقد فضولی، انشاءِ بی‌اثر است و نمی‌تواند علقه‌ای ایجاد کند و در واقع سندی تنظیم شده است بدون جزء اخیر علّت تامّه و تا تمام علّت نیاید، علقه‌ای نیست. به تعبیر بزرگان، صحّت عقد فضولی صحّت تأهلیّه است، نه صحت فعلیّه و صحّت تأهّلی علقه‌ای ایجاد نمی‌کند و اگر علقه ایجاد کند، خلاف قاعدهٔ سلطنت از اوّل است، زیرا هر کسی سلطان مال و جان خویش است و بدون اجازهٔ او نمی‌توان علقه‌ای بر مال یا نفس او ایجاد کرد. پس بر خلاف تصوّری که بعضی دارند، عقد فضولی هیچ علقه‌ای بین مال و آن شخص یا بین نفس و آن معقود علیه ایجاد نمی‌کند و عقد فضولی جزء علّت است مانند هیزم که به تنهائی گرما نمی‌آورد بلکه هیزم جزء علّت است.
۵۹ ادامهٔ مسئلهٔ ۱۶ ... ۲۷/ ۱۰/ ۷۹

ادلّهٔ قائلین به نفوذ اجازهٔ بعد از رد:

اشاره

در اینجا سه دلیل می‌توانیم اقامه کنیم:

۱- عمومات و اطلاقات

«أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»:
أَوْفُوا بِالْعُقُودِ در اینجا صدق می‌کند و لو اوّل صاحب عقد رد کرده، ولی بعد که اجازه داد، عقد حاصل شده است و با صدق عقد، «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» شامل آن می‌شود.

۲- سیرهٔ عقلا:

سیرهٔ عقلا بر این است که اگر سندی را بنویسند و نفر اوّل آن را
کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۷۲
امضاء کند ولی از طرف نفر دوم مورد قبول واقع نشود و منکر آن شود و بعد از چند روز مذاکره سند را بپذیرد و پای سند را امضا کند آن را معتبر می‌دانند و به خاطر ردّ لفظیِ سابق، باطل نمی‌دانند.
(ایجاب هم با لفظ می‌شود و هم با کتابت).

۳- روايات و هى العمدة

روايت اوّل: صحيحة محمد بن قيس است كه در باب فضولى در ۴ مسأله به آن استدلال كرده‌اند:

اشاره

۱- مسئلهٔ صحّت عقد فضولى كه مرحوم شيخ انصارى به آن استدلال كرده است).

۲- مسئلهٔ تأخّر اجازه.

۳- مسأله اجازهٔ بعد از رد.

۴- مسئلهٔ كشف و نقل براى اثبات كاشفيّت اجازه.

تمام رجال حديث ثقه هستند و اگر اشكالات دلالى را در آن رفع كنيم حديث خوبى است.

...* عن محمّد بن قيس عن ابى جعفر عليه السلام قال: قضى

(احتمال دارد كه قضاوتهاى على عليه السلام باشد و احتمال دارد كه قضاوت امام باقر عليه السلام باشد)

فى وليدةٍ باعها ابن سيّدها و ابوه غائب، فاشتراها رجل، فولدت منه غلاماً، ثمّ قدم سيّدها الاوّل، فخاصم سيّدها الاخير، فقال هذه وليدتى باعها ابنى بغير اذنى، فقال:

(امام)

خذ وليدتك و ابنها، فناشده المشترى، فقال: خذ ابنه يعنى الّذى باع الوليدة حتّى ينفذ لك ما باعك، فلمّا اخذ البيع الابن فقال ابوه: أرسل ابنى، فقال: لا ارسل ابنك حتى ترسل ابنى، فلمّا رأى ذلك سيد الوليدة الاوّل، اجاز بيع ابنه «۱».

محتواى اين حديث شش اشكال دارد كه اگر پنج اشكال اوّل حل شود نوبت به اشكال ششم مى‌رسد.

اشكال اوّل: كلمهٔ «وليدة» به معنى امّ ولد است

(كنيزى كه از مولا صاحب فرزند شده و به منزلهٔ همسر است) و قابل خريدوفروش نيست و بايد بماند، مولى كه از دنيا رفت از سهم ارث فرزندش آزاد شود پس چرا امام نمى‌گويد كه اصل معامله باطل است؟

جواب: اوّلًا: «وليدة» يعنى اكنون بچه‌دار شده نه در هنگام بيع، بلكه آن موقع كنيز معمولى بوده و وليدهٔ نبوده است (البتّه اين خلاف ظاهر است چون ظاهر روايت اين است كه از اوّل وليدهٔ بوده و بعد فروخته شده است ولى در اينجا قرينه داريم كه ظاهر مراد نيست).

ثانياً: وليده، وليدهٔ اصطلاحى نيست كه امّ ولد باشد، بلكه منظور كنيزى است كه در بيتِ مولاى اوّل متولّد شده است، نه از خودِ مولى، بلكه از پدر و مادرى كه عبد و امه بوده‌اند متولّد شده است.

ثالثاً: در كتب لغت داريم كه وليده به كنيز هم اطلاق مى‌شود «الوليدة الصبيّة المملوكة» پس وليده را حمل بر معنى لغوى كنيم.

رابعا: امّ ولد در بعضى موارد قابل بيع است مثلًا اگر ولدش بميرد.

چون بچّهٔ مرده، ارث نمى‌برد. بنابراين با يكى از اين جوابها اشكال مرتفع مى‌شود.

اشكال دوّم: بچّهٔ كنيز در اينجا حرّ است

زیرا مشتری فکر می‌کرده معامله درست بوده و مالك کنیز شده است پس حدّ اقل وطی به شبهه است و در وطی به شبهه اگر پدر یا مادر حرّ باشد، ولد حرّ است پس چرا امام می‌فرماید:

«خذ ولیدتک و ابنها»؟

چون معامله فضولی بوده است ولیده را می‌گیرد؛ ولی بچّهٔ حرّ را نمی‌تواند بگیرد.

جواب: در واقع بچّه را به عنوان گروگان گرفته است چون مشتری تفویت منافع در مورد این بچّه کرده است، یعنی بچّه‌ای را که می‌توانست رق باشد، حر شده و باید غرامت آن را بپردازد. پس بچّه را در مقابل غرامتِ تفویت می‌گیرد.

اشکال سوّم: چرا مشتری پسر مالک را توقیف کرد و گروگان گرفت؟

این کار وجه شرعی ندارد.

جواب: پسر مالكِ اوّل باعث خسارت شده و تدلیس کرده است (به ظاهر خودش را مالك نشان داده) و مشتری از مبیع استفاده کرده است اکنون به مشتری می‌گویند غرامت این استفاده را بده، مشتری متضرّر شده والمغرور یرجع الی المغرربنابراین مالك باید خسارت او را جبران کند پس گروگان گرفتن او برای گرفتن غرامت است.

اشکال چهارم: قاضی نباید تلقین حجّت به احد الخصمین کند و این خلاف عدالت است و لا یجوز.

جواب: اوّلًا: در باب تلقین خصمین دلیل خاصّی (آیه و روایت) جز مسئلهٔ عدالت نداریم و گفته شده است که قاضی باید به هر دو به چشم مساوی نگاه کند ولی بیان حکم شرع اشکالی ندارد و قاضی می‌تواند هر کدام را که از حکم الهی غافل است، آگاه کند. مثلًا مشتری نمی‌دانسته که می‌تواند از مدلّس غرامت بگیرد و امام، او را راهنمائی کند در واقع امام حکم شرع را یاد داده و ارشاد به حکم الهی کرده و مخصوصاً که به هر دو هم یاد داده.

ثانیاً: ممکن است که در اینجا «قضا» به معنای فتوی باشد و در باب فتوی ارشاد کردن اشکالی ندارد.

اشکال پنجم: آیا این اجازه اکراهی نبوده است؟

چونفلمّا رأی

---

(۱) ح ۱، باب ۸۸ از ابواب نکاح عبید و اماء.

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۷۳

ذلك‌مجبور شد و بیع پسرش را اجازه داد، در حالی که یکی از شرایط صحّت اجازه این است که اجازه از روی اکراه نباشد.

جواب: اکراه با اضطرار فرق می‌کند، اکراه این است که او را تهدید کنند، فی نفسه او ماله او عرضه، او ولده، بغیر حقٍ، در اینجا مشتری که ولد مولی را توقیف کرده به ناحق نبود و این اکراه نیست، مانند کسی که خانه‌اش را برای معالجهٔ فرزندش می‌فروشد، در حالی که مجبور است؛ ولی اجبار و تهدیدی نیست، احدی نگفته است که معاملهٔ او باطل است و اینها ضرورتِ اهمّ و مهمّ است و فدا کردن مهمّ در مقابل اهمّ اکراه نیست و همهٔ عقلا آن را تأیید می‌کنند.

۶۰ ادامهٔ مسئلهٔ ۱۶ ... ۲۸/ ۱۰/ ۷۹

اشکال ششم: این اجازهٔ بعد از ردّ است و اجازهٔ بعد از ردّلا یجوز بالاجماع.

مالـک ابتـداءً اجازه نـداد چون ولیـده و بچه را بازپس گرفت (ردّ عملی و قولی) ولی بعـداً اجازه داد در حالی که اجازه بعـد از رد، خلاف اجماع است.

جواب: اوّلًا: هذا اول الکلام زیرا خیلی‌ها متعرّض این اجماع نشده‌اند.

ثانیاً: اجماع مدرکی است و وقتی اشکالات خمسه پاسخ داده شد، ما به این روایت برای صحّت اجازه بعد از ردّ استناد می‌کنیم.

روایت دوم: روایاتی که حاکی بود از شکایت دختری نزد پیامبر

مبنی بر اینکه پـدرش بـدون اجـازهٔ او، او را به ازدواج دیگری درآورده است، این روایـات نشـان می‌داد که دختر ابتـداءً عقـد را رد کرده است، ولی بعداً آن را اجازه داده و پیامبر آن را صحیح دانست. «۱»

ان قلت: ذیل روایت نشان می‌دهـد که دختر راضـی بوده است و می‌خواسـته مقام زنان در اسـلام را نشان دهـد، لذا شـکایت صوری بوده و شکایت صوری دلیل بر رد نیست.

قلنـا: پیش از آنکه بگویـد که این شـکایت صوری است، ظـاهر روایت این است که شـکایت جـدّی بوده (بـا علم غیب پیامبر کاری نداریم و مدار قضاوت، علم غیبی نیست) در عین حال پیامبر فرمود:

«اجیزی»

، پس معلوم می‌شود که اجازه بعد از ردّ جدّی، جایز است و صوری بودن شکایت تأثیری در استدلال ما ندارد.

روایت سوّم: حدیثی است که خدمت امام باقر یا حضـرت علی علیه السـلام آمدند و مولی عرض کرد که غلام بدون اجازهٔ من ازدواج کرده است.

آیا این شکایت معنایش این نیست که قبول ندارد و ردّ می‌کند؟ علاوه بر این مولی گفت

«یا خبیث طلّق» «۲»

که دلیـل بر ردّ است، اگر سـکوت مولی بعـد از اطّلاع، به منزلـهٔ قبول است، شـکایت مالـک نیز دلیـل بر ردّ است. پس این حـدیث ظاهرش ردّ است و اجازهٔ بعد از ردّ را نافذ می‌داند.

نتیجه:

نه تنها در عقد فضولی در نکاح، بلکه در ابواب دیگر، (بیع، اجاره) ...، هرجا ردّی بیاید و بعد از آن اجازه، این اجازه نافذ است.

- ردّ بعد از اجازه چه حکمی دارد؟

واضـح است که ردّ بعـد از اجـازه، اثری نـدارد چون وقتی اجازه داد یکون العقـد نافـذاً لازماً (نکاح و بیع و اجاره ... از عقود لازمه است) و وقتی عقد لازم را اجازه داد مثل این است که خودش صیغه را خوانده باشد و دیگر قابل بازگشت نیست.

[مسألهٔ ۱۷ فی الکاره]

اشاره

۶۱ مسألهٔ ۱۷ (فی الکاره ...) ۲/ ۱۱/ ۷۹

مسألهٔ ۱۷: اذا کان احد الزوجین کارهاً (بحث در کراهت قلبی است)

حال العقد لکن لم یصدر منه ردٌ له (للعقد)
فالظّاهر انّه یصحّ لو اجاز بعد ذلک، بل الاقوی صحّته (ای العقد)
بها (ای الاجازة)
حتی لو استؤذن فنهی و لم یأذن و مع ذلک أوقع الفضولی العقد.

موقعیّت مسأله:

این مسأله در واقع فرعی از فروع مسئلهٔ سابق است، یعنی صورت کمرنگ مسئلهٔ سابق است، در مسئلهٔ قبل مالك نهی و رد کرده بود، لفظاً یا عملًا، بعداً اجازه آمد ولی در اینجا کراهت قلبی است (و فرق است بین کاره و مکره، کاره خودش راضی نیست و مکره در جائی است که تهدید از خارج است و تحت فشار است، پس نسبت بین کاره و مکره عموم و خصوص مطلق است یعنی هر مکرهی کاره است ولی هر کارهی مُکره نیست) این مسأله در صورتی است که اجازهٔ بعد از ردّ را نافذ ندانیم ولی اگر قائل به جواز شویم و اجازهٔ بعد از نهی را جایز بدانیم دیگر جای بحث نیست زیرا بطریق اولی در کراهت قلبی اجازهٔ بعد از نهی جایز خواهد بود.
- طبق مبنای کسانی که اجازه را بعد از رد نافذ ندانسته‌اند اجازهٔ بعد از کراهت قلبی چگونه است؟
این مسأله را تعداد کمی از بزرگان مطرح کرده‌اند و شاید اوّلین کسی که آن را مطرح کرده، شیخ انصاری در مکاسب است و بعد از

(۱) سنن بیهقی، ج ۷، ص ۱۱۸.
(۲) مستدرک، ج ۱۵، باب ۱۹ از ابواب نکاح عبید و اماء، ح ۱.

ایشان محقّق یزدی در مسئلهٔ ۲۳ عروه، مرحوم آقای حکیم در مستمسک، آقای خوئی در مستند و امام در تحریر الوسیله این مسأله را عنوان کرده‌اند و معمولًا پذیرفته‌اند که اگر نهی مانع باشد کراهت باطنیّه مانع نیست. مرحوم آقای حکیم می‌فرماید:
قد یظهر من شیخنا الاعظم (ره) فی التنبیه الثانی من تنبیهات القول فی الاجازة: أنّه (عدم مانعیّت کراهت باطنی) مسلّمٌ عند الاصحاب. و یقتضیه القواعد العامّة. «۱»
پس مرحوم آقای حکیم از کلام شیخ استفاده می‌کند که مسأله در نزد اصحاب مسلّم است (یعنی اجماعی است) البته این مسأله همان گونه که گفته شد در کلام اصحاب نیامده است ولی چون روایات این باب را نقل کرده و منع نکرده‌اند ظاهراً موافق هستند.

ادلّه: (عدم مانعیّت کراهت باطنیّه)

۱- عدم جریان ادلّهٔ بطلان:

دلائل بطلان که در مسئلهٔ نهی و ردّ بیان شد در اینجا جاری نیست، یک دلیل اجماع بود که در اینجا نیست و عکس آن است یعنی اجماع بر عدم تأثیر کراهت قلبی.
دلیل دیگر این که نهی که آمد سلطهٔ عقد فضولی را بر مال خودش قطع می‌کند آیا کراهت باطنی هم انشاء است، که بتواند چنین کاری بکند؟ مسلّماً نه، پس کراهت باطنی، سلسله را از بین نمی‌برد.
دلائل دیگر از این قبیل هم، در اینجا جاری نیستند.

۲- عمومات:

عمومـات «أَوْفُوا بِـالْعُقُودِ» شامل عقـد فضولی بعـد از اجازه می‌شود و آیا اگر اجازه داد، کراهت باطنیّه مانع است؟ شک داریم، پس عمومـات شامـل این عقـد فضولی می‌شود و عقـد فضولی کمبودی نـدارد و کمبود آن فقـط کراهت باطنیه است و این کراهت مانع نیست.

۳- روایات:

الف: روایـات نکـاح عبـد به غیر اذن مولیٰ که روایات مختلف بود و مضـمونش این بود: اگر مولی کاره باشـد بعـداً می‌توانـد اجازه دهد.
ب: شکایت دختری که خدمت پیامبر آمد و به حسب ظاهر حال، از آن ازدواج کراهت داشته و پیامبر فرمود اشکالی ندارد.

۴- صحّت عقد مکره بعد از رضایت:

در جائی که انسان خودش صیغه را تحت فشار و تهدید بخواند، انشاء عقد درست است منتهی شرطش که طیب نفس است، وجود ندارد، بعد از لحوق رضایت، عقد او را صحیح می‌دانند، می‌گوئیم مکره یکی از مصادیق کاره است، وقتی عقد مکره بعد از لحوق رضایت صحیح است در کاره هم باید عقد صحیح باشد و کراهت در ما نحن فیه مانع نمی‌باشد. مرحوم شیخ و دیگران به این طریق استدلال می کنند.
جواب: این اسـتدلال خـالی از خـدشه نیست، چون در عقـد مکره انشاء ایجاباً و قبولًا تمام بوده و هر دو از مالک اصـلی صادر شـده است؛ ولی در مـا نحن فیه انشـاء ناقص است و بین ایجاب و قبول، کراهت باطنیّه مانع می‌شود، (ایجاب آمـده و فضولی است و قبول هم نیامده است) و لذا عقد کاره را به عقد مکره قیاس کردن مشکل است.

[مسألة ۱۸ (بما ذا تحصل الإجازة فی الفضولی)]

اشاره

۶۲ مسألة ۱۸ (بما ذا تحصل الاجازة فی الفضولی ...) ۳/ ۱۱/ ۷۹
مسألة ۱۸: یکفی فی الاجازة المصحّحة لعقد الفضولی کلّ ما دلّ علی إنشاء الرضا بذلک العقد، بل یکفی الفعل الدّالّ علیه.

عنوان مسأله:

بمـا ذا تحصـل الاجـازة؟ متن تحریر این است که اجازه به هر لفظی که دلالت بر آن کنـد کافی است بلکه بالفعل هم اجازه حاصـل می‌شود.

اقوال:

اشاره

احتمالات و اقوالی در مسأله است که عمدتاً سه قول است:

۱- اجازهٔ لفظی:

فقط اجازهٔ لفظیّه معتبر است و مانند عقد، اجازه هم باید لفظی باشد.
اجازهٔ لفظیّه انواعی دارد، گاهی به دلالت مطابقی و گاهی به دلالت التزامی است، گاهی به صراحت و ظهور و گاهی به کنایه است آیا همهٔ اینها کفایت می‌کند؟

۲- اجازهٔ لفظی و فعلی:

اجازه اعم است هم اجازهٔ لفظیه را شامل می‌شود و هم اجازهٔ فعلیّه را، حتّی سکوت بعد از اطّلاع هم کافی است، مثل آنچه که در مورد عبد و مولی داشتیم که سکوت مولی بعد از اطّلاع، اجازه بود.

۳- اجازهٔ لفظی و فعلی و رضایت باطنی:

اجازه علاوه بر لفظ و فعل، شامل رضایت قلبی هم می‌شود، یعنی رضایت قلبی کافی است که اطّلاع بر آن از قرائن معلوم می‌گردد.
این مسأله در میان قدما محلّ بحث نبوده و اوّلین بار مرحوم شیخ در مکاسب آن را مطرح کرده، و دیگران دنباله‌روی کرده‌اند.

ادلّهٔ قول اوّل (اعتبار اجازهٔ لفظیّه فقط):

اشاره

دو دلیل ذکر کرده‌اند:

---

(۱) مستمسک، ج ۱۴، ذیل مسئلهٔ ۲۳، ص ۵۰۳.
کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۷۵

۱- اجازه جانشین انشاء:

اجازه، جانشین انشاء قبول می‌شود و انشاء قبول باید به لفظ باشد پس اجازه هم باید به لفظ باشد.
جواب: صغری را می‌پذیریم یعنی اجازه به منزلهٔ انشاء فضولی است ولی کبری به اینکه تمام عقود لازمه احتیاج به لفظ دارد، اوّل بحث است و باید ثابت شود. معاطات از عقود لازمه و غیر قابل فسخ است بلکه از ابتداء تمام معاملات به صورت معاطات در بین بشر بوده است و بیع به صیغه، از اختراعات بعدی است (بعکس آنچه که در فقه ما است که بیع به صیغه را اصل می‌دانند و بیع معاطات را فرع قرار می‌دهند) پس بیع معاطات، یا هبهٔ معاطاتی از عقود لازمه است و هر معاملهٔ لازمی احتیاج به صیغهٔ لفظی ندارد.
ان قلت: در عقد نکاح لفظ لازم است و معاطات مورد قبول نیست و نکاح معاطاتی، شبیه زنا است. بحث ما هم در عقد فضولی نکاح است پس در مقام اجازه لفظ لازم است، و باید حدّ اقل بحث نکاح را جدا کرد، و در عقد نکاح فضولی اجازهٔ لفظی را لازم دانست اگر چه در ابواب دیگر، اجازه به غیر لفظ هم کافی باشد.

قلنا: اوّلًا: نکاح معاطاتی زنا نیست. معاطات این است که بالفعل قصد زوجیّت کند یا موقّته، (برای مدّت معیّن) و یا دائمه، در حالی که زانی و زانیه قصد زوجیّت نمی‌کنند بلکه در مقابل پولی، قصد عمل نامشروع دارند. پس این که در نکاح لفظ معتبر است به جهت اجماعی است که ادّعا شده و به جهت احتیاطی است که در نکاح است نه از این جهت که نکاح معاطاتی زناست.

ثانیاً: اگر در نکاح الفاظ را لازم بدانیم، قدر متیقّن در مقام انشاءِ اصل نکاح است و در فضولی هم انشاء اصل نکاح به الفاظ صورت گرفته است و امّا این که اجازه هم به لفظ باشد، قدر متیقّن این را نمی‌گیرد.

۲– استقراء:

استقراء می‌کنیم عقود لازمه را و می‌بینیم عقود لازمه با لفظ است.

جواب: دلیل دوم که استقراء است از نظر صغری و کبری اشکال دارد، صغری را نمی‌پذیریم چون استقراء کرده‌اید که انشاء عقود لازمه با لفظ است، پس معاطات چه می‌شود که انشاء آن با لفظ انجام نمی‌شود بلکه انشاء آن فعلی است و معاطات در ابواب مختلف لازم است. پس استقراء شما را نمی‌پذیریم بلکه به عکس است و انشاء غالب معاملات لازمه با لفظ انجام نمی‌شود.

کبری را هم نمی‌پذیریم چون دلیل شما استقراء ظنّی است، و استقراء تام عقلی حجّت است.

مرحوم آقای حکیم «۱» هم به هر دو دلیل اشکال می‌کند و از کلام ایشان استفاده می‌شود که ایشان هم مانند صاحب عروه اجازهٔ لفظیّه را شرط نمی‌داند و اعمی است.

آقای خوئی می‌فرماید:

و قد ذهب جماعهٔ الی اعتبار اللفظ فیها (ای الاجازهٔ) تارهً بدعوی انّها بمنزلهٔ العقد الجدید و آخر بدعوی ان الاستقراء یقتضی اعتبار اللفظ فیما یقتضی اللزوم «۲».

این تعبیر که می گوید «الاجازهٔ بمنزلهٔ العقد الجدید» مسامحه است چون اجازه عقد نیست بلکه اجازه به منزلهٔ قبول جدید است، حتی قبول جدید هم نیست بلکه قبول فضولی را به رسمیّت می‌شناسد. به عبارت دیگر قبول فضولی یک جسم بی‌روح است و اجازه به عقد فضولی که بی‌جان بوده، روح می‌دهد پس دلیل اوّل بعد از اصلاح این شد که اجازه در واقع جانشین قبول می‌شود و چون در ایجاب و قبولِ عقود لازمه لفظ لازم است، اجازه هم لفظ لازم دارد.

ادلّهٔ قول دوّم (اعتبار اجازهٔ لفظی و فعلی):

اشاره

دو دلیل دارد:

۱– قواعد:

ما هستیم و أَوْفُوا بِالْعُقُودِ یعنی باید عقد صدق کند. فضولی عقدی ایجاد کرده است و من باید این عقد را مستند به خود کنم تا در قبال آن مسئولیّت داشته باشم، در اینجا کفایت می‌کند که اجازهٔ لفظیّه باشد یا اجازهٔ فعلیّه، یعنی اگر واقعاً فضولی معامله‌ای انجام داد و ایرادی گرفته نشد و پذیرفته شد و سکوت کردند، تمام عقلا می گویند که این عقد انجام شده است.

۲– روایات خاصّه:

اشارهٔ

روایات عدیده‌ای که نشان می‌دهد اجازه منحصر به لفظ نیست:

گروه اوّل: روایاتی که مضمون همهٔ آنها این بود که عبدی بدون اجازهٔ مولی ازدواج کرده و وقتی مولی باخبر شد سکوت کرد،

اشاره

امام فرمودند که این سکوت، رضایت است. و در هر سه روایت داشت که

«ذلک اقرارٌ منهم» «۳».

---

(۱) مستمسک،، ج ۱۴، ذیل مسئلهٔ ۱۹ عروه، ص ۴۹۳.

(۲) کتاب النکاح، ج ۲، ص ۳۲۴.

(۳) روایت ۱ و ۲ و ۳، باب ۲۶ از ابواب عقد النکاح عبید و اماء.

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۷۶

۶۳ ادامهٔ مسئلهٔ ۱۸ ... ۴/ ۱۱/ ۷۹

ان قلت: حساب عقد فضولی از نکاح عبید و اماء جداست و نمی‌توان عقد فضولی را به نکاح عبید و اماء قیاس کرد، به عبارهٔ اخری قیاس مع الفارق است چون در نکاح عبید و اماء، معقود له و معقود علیها هر دو خودشان انشاء کرده‌اند، منتهی متعلّق حقّ غیر بوده است، و به عبارت دیگر عقد عبد، مزاحم حق غیر بوده است، و وقتی غیر اجازه داد مزاحمت از بین می‌رود، پس این فضولی نیست و اصیل است، مثل بیع عین مرهونه، که مالک عین مرهونه را می‌فروشد، در اینجا بایع مالک است و فضولی نیست، منتهی عین مرهونه متعلّق حق غیر است و وقتی اجازه داد، درست می‌شود، ولی در فضولی، شخصی بیگانه عقد را می‌خواند که مالک نیست، و این قابل قیاس با بیع مرهونه یا نکاح عبید و اماء نیست.

قلنا: اگر این اشکال وارد باشد ممکن است بگوئیم که استدلال به این روایات در مسائل سابق و در اینجا صحیح نیست، امّا از این اشکال می‌توان چنین پاسخ داد:

الف- ضمیمه کردن روایات سکوت بکر:

این روایات را در کنار روایات

«اذن البکر سکوتها»

(که گروه دوم از روایات بحث ما است) قرار می‌دهیم در آنجا سکوت اصیل جانشین ایجاب و قبول است، در سکوت بکر اصلًا انشائی نیست، حال بگوئیم به قرینهٔ سکوت در بکر، سکوت در اینجا هم (عقد فضولی) جانشین ایجاب و قبول است.

ب- تعبیر به اقرار:

چرا می گوید «سکوتهم اقرارٌ» و چرا نمی گوید «سکوتهم دلیلٌ علی الرضا» اقرار یک معنی انشائی است یعنی انشاء اجازه و امضاء

است، پس اقرار در اینجا در واقع انشاء است.

گروه دوّم: روایاتی که در عقد فضولی نیست، ولی با استفاده از آن می‌توان عقد فضولی را درست کرد.

...* عن احمد بن محمد بن ابی نصر

(بزنطی)

قال: قال أبو الحسن علیه السلام: فی المرأة البکر اذنها صماتها

، (سکوت)

و الثّیب امرها الیها «۱»

. سکوت در اینجا جانشین «زوّجت نفسی» است یا جانشین توکیل است؟ معمولًا دختر خودش عقد را نمی‌خواند، از او می‌پرسند که می‌خواهیم تو را به ازدواج کسی درآوریم و او هم سکوت می‌کند، این در واقع توکیل است یعنی انشاء توکیل با سکوت حاصل شده است (ایجاب از ناحیهٔ دختر با سکوت حاصل شده است و طرف مقابل هم قبول کرده است) پس جائی که انشاء توکیل که یکی از عقود است با سکوت حاصل شود، اجازهٔ فضولی به طریق اولی حاصل می‌شود.

...* عن ابی عبد اللّه علیه السلام فی رجلٍ یرید ان یزوّج اخته قال:

یؤامرها فان سکتت فهو اقرارها و ان ابت لم یزوّجها «۲»

(ایجاب توکیل).

...* در مورد داستان ازدواج حضرت زهرا علیها السلام است، در ذیل روایت چنین دارد که حضرت علی علیه السلام برای خواستگاری حضرت زهراء علیها السلام خدمت پیامبر آمد، پیامبر فرمود قبل از تو کسانی آمدند و با فاطمه مطرح کردم و آثار کراهت را در چهرهٔ او دیدم، اکنون اینجا بمان تا با خود او مطرح کنم، پیامبر صلی الله علیه و آله نزد فاطمه علیها السلام رفت و قال صلی الله علیه و آله: إنّ علیا علیه السلام قد ذکر من امرِکِ شیئاً، فما ترینَ؟ فسکتت و لَمْ تُوَلِّ وجهها و لم یَرَ فیه رسول اللّه صلی الله علیه و آله کراهةً، فقام صلی الله علیه و آله و هو یقول اللّه اکبر، سکوتها اقرارها «۳».

این روایات متضافر است، و از اسناد بی‌نیاز هستیم.

وقتی ایجاب در عقدی مثل وکالت با سکوت محقّق شود، در جای دیگر مثل اجازهٔ عقد فضولی به طریق اولی حاصل می‌شود.

ان قلت: این نوع ایجاب فقط در مورد بکر است و استثنائی است و نمی‌توان آن را به جاهای دیگر سرایت داد، زیرا به جهت حیائی که بکر دارد، شارع کار او را آسان کرده است.

قلنا: این که روایت در مورد بکر است نه بخاطر تعبّدی بودن آن است، بلکه بخاطر این است که در باکره قرینه قائم است و آن حیائی است که باکره دارد، و ثیبه سکوتش قرینه‌ای ندارد و نشانهٔ چیزی نیست زیرا روی او باز است. حال اگر شرایطی بود که سکوت در ثیبه هم قرینه بود، در آنجا هم می‌پذیریم، پس هرکجا فعل توأم با قرینه بود می‌پذیریم.

گروه سوم: صحیحهٔ زراره که در باب ۲۴ از ابواب عقد نکاح عبید و اماء داشتیم

و امام فرمود:

...« انّه لم یعص اللّه، و انّما عصی سیده، فاذا اجازه فهو له جایز» «۴».

ما از این تعلیل استفاده می‌کنیم که معیار رفع عصیان است به هرچه که حاصل شود، بالاجازهٔ الفعلیّهٔ او القولیّهٔ او الکنایهٔ او

---

(۱) ح ۱، باب ۵ از ابواب عقد نکاح.

(۲) ح ۲، باب ۵ از ابواب عقد نکاح.

(۳) ح ۳، باب ۵ از ابواب عقد نکاح.

(۴) ح ۱، باب ۲۴ از ابواب نکاح عبید و اماء.

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۷۷

التصریح، پس ما یرتفع به العصیان حتماً اجازهٔ قولی نیست بلکه اجازهٔ فعلی هم می‌تواند باشد.

خلاصه: قول دوّم، هم از عمومات و هم از نصوص دلیل دارد و قوی است.

ادلّهٔ قول سوم (اعتبار اجازهٔ لفظی، فعلی و رضایت باطنی):

اشاره

قائلین قول سوم رضایت قلبی را کافی می‌دانند. شیخ انصاری در بعضی از کلماتش در متاجر به این قول تمایل پیدا کرده است، برای این قول به اموری استدلال شده است:

۱- عمومات:

أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و عمومات شامل چنین عقدی که رضایت قلبی مالک، بعداً به آن ملحق شده است، می‌شود.

جواب: عقد به معنی قرارداد است و قرارداد یعنی دو انشائی که به هم گره خورده‌اند، رضایت باطنی به تنهائی قرارداد نیست و قرارداد یک انشاء به هم پیوسته است، و هر دو طرف باید چیزی را برای طرف مقابل اعتبار کند، پس رضایت (طیب نفس) یک حالت تکوینی است (انشاء نیست) و مصداق عقد نیست و تمسّک به عموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) در اینجا تمسّک به عموم عام در شبههٔ مصداقیه است.

۶۴ ادامهٔ مسئلهٔ ۱۸ ... ۵/ ۱۱/ ۷۹

سکوتی که همراه قرینه باشد جانشین انشاء لفظی است یعنی «وکلتک» پس امری اعتباری است ولی رضایت قلبی نیاز به قرینه ندارد و از امور تکوینیّه است.

توضیح ذلک:

امور دو گونه است:

الف- امور تکوینی: وجود خارجی دارند و حالات نفسانی هم جزء آن است مثلًا غضب، رضاء، علم و امثال ذلک از حالات نفسانیّه و امور تکوینی هستند و واقعاً وجود دارند و تابع انشاء و اعتبار نیستند.

ب- امور اعتباریّهٔ انشائیّه: در خارج وجود ندارند و اگر عقلا آن را اعتبار نکنند وجود پیدا نمی‌کنند مانند ملکیّت، زوجیّت.

حقیقت الاعتبار: بحث حقیقت اعتبار یک بحث دامنه‌دار اصولی است، که در جای خودش بیان شده که اعتبار یک نوع فرض کردن است، یعنی چیزی‌های بدلی را، به جای موارد حقیقی فرض می‌کنیم، مثلًا من مالک دست خود هستم و برای خانه‌ای که به من منسوب است، یک ملکیّت اعتباری و فرضی قرار می‌دهم، که این حتماً انشائی می‌خواهد و باید ایجاد شود، ولی با رضایت که

یک حالت تکوینی است، این تملیک انشاء و اعتبار حاصل نمی‌شود.

پس رضایت که امر تکوینی است نمی‌تواند در مقام اجازه، عقد فضولی را به هم گره بزند، تا بتوان به عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ تمسّک کرد.

ان قلت: رضایت حالت نفسانی نیست، بلکه «إنشاء الرضا فی القلب» است.

قلنا: رضایت در قلب چگونه انشاء می‌شود؟ و حال آن که انشاء امر خارجی عقلائی است، و تا فعلی و قولی در کار نباشد، این امر عقلائی انشائی نمی‌شود.

۲- سکوت بکر و مولای عبد

دلیل دوّمی که برای قول سوم (کفایهٔ الرضا الباطنی) ذکر کرده‌اند، روایات سکوت است که می‌گوید اگر عبد ازدواج کند، سکوت مولی کافی است و سکوت کاشف از رضا است و امر انشائی نیست، پس معلوم می‌شود که فعل و قول لازم نیست و رضایت قلبی کافی است.

جواب: سکوت توأم با قرینه، انشاء است، یعنی سکوت در حالتی که باید سخن بگوید، این سکوت معنی دارد و انشاء است و لذا سکوت بکر توکیل است و از او استیذان می‌کنند که راضی هستی؟ و او سکوت می‌کند، پس این سکوت جانشین «وکّلتک» است، توکیل انشاء می‌خواهد و این انشاء از سکوت بکر در می‌آید.

۳- روایت صحیحهٔ زراره:

...* « انّه لم یعص اللّه و انّما عصی سیّده »...

عصیان به رضای قلبی مرتفع می‌شود و دیگر انشائی نمی‌خواهد، پس از این روایت می‌فهمیم که عقد دائر مدار رفع عصیان است و رفع عصیان نیاز به انشاء ندارد و رضایت قلبی کافی است.

جواب: اگر عصیان به تصرّف در مال باشد، با رضایت، عصیان مرتفع می‌شود ولی اگر عصیان بخاطر انشاء و عقد باشد مثلًا با عقد فضولی کسی را به عقد دیگری درآورند، رفع عصیان به این است که آن عقد، عقد او شود، پس باید انشائی کند تا معصیت برطرف شود و تنها با رضایت قلبی عقد حاصل نمی‌شود.

[مسألهٔ ۱۹ (عدم کفایهٔ الرضا القلبی فی صحهٔ العقد)]

اشاره

۶۵ مسألهٔ ۱۹ (عدم کفایهٔ الرضا القلبی فی صحهٔ العقد ...) ۸/ ۱۱/ ۷۹

مسألهٔ ۱۹: لا یکفی الرضا القلبی فی صحّهٔ العقد و خروجه عن الفضولیّهٔ و عدم الاحتیاج الی الاجازهٔ، فلو کان حاضراً (صاحب العقد) حال العقد راضیاً به الّا انّه لم یصدر منه قولٌ أو فعلٌ یدلّ علی

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۷۸

رضاه (انشاء نیست و فقط دلالت بر رضایت است)

فالظاهر انّه من الفضولی، نعم قد یکون السکوت اجازهٔ (انشاء است)

، و علیه تُحمل الاخبار فی سکوت البکر.

اقوال:

این قول منسوب به شیخ انصاری است و از عبارات شیخ انصاری استفاده می‌شود که ایشان می‌خواهد این قول را به اصحاب نسبت دهد، چون تعبیرشان این است که اصحاب فتوی می‌دهند که سکوت، جز در موارد خاص کفایت نمی‌کند، «لانّه لا یدلّ علی الرضا» معلوم می‌شود که اگر دلالت بر رضایت کند، کافی است، پس شیخ از این عبارت استفاده می‌کند که «ظاهر قول الاصحاب علی کفایهٔ الرضا الباطنی»، و معلوم می‌شود که معیار آن رضای باطنی است.

در مقابل آقای خوئی می‌فرماید:

الرضا الباطنی التقدیری لا یکفی فی الخروج عن الفضولیّهٔ بلا خلاف فیه بین الاصحاب (!) «۱»

در این مسأله نکاتی باید مورد توجّه قرار گیرد:

نکتهٔ اوّل: ما نمی‌توانیم چیزی را به گردن اصحاب بگذاریم، چون اصحاب متعرّض این مسأله نشده‌اند که آیا رضایت قلبی کافی است یا نه،

(نه ثبوتش را و نه عدمش را)، بلکه این مسأله بین متأخّرین از زمان شیخ انصاری مورد بحث واقع شده است و آنها غالباً مجرّد رضا را قبول ندارند.

نکتهٔ دوم: بحث ما در مقام ثبوتی است نه مقام اثباتی،

اشاره

یعنی اگر فی علم اللّه (فی الواقع) شخص رضایت داشته باشد، آیا عقد صحیح است یا نه؟

ان قلت: در مقام اثبات از کجا بفهمیم که راضی است؟

قلنا: گاهی با یک جملهٔ خبریّه، باخبر می‌شویم، مثلًا می‌گوید:

«قد کنت راضیاً او کنت راضیهٔ فی زمن العقد و ان کنت ساکتهٔ»، عقد روز گذشته واقع شده و شخص، این جملهٔ خبریّه را امروز می‌گوید، اگر رضایت باطنیّه کافی باشد عقد او دیروز صحیح است.

گاهی ما کاری به اظهار نداریم بلکه خود شخص می‌خواهد بین خودش و خدای خودش بداند که وظیفه‌اش چیست؟ مثلًا آیا الان زوجه معقوده است یا آزاد؟ هیچ کس هم نمیداند، خودش می‌داند و خدا، اگر رضایت باطنی کافی باشد زوج اوست، و اگر کافی نباشد، نیازی ندارد که بگوید و بسراغ خواستگار دوم می‌رود، در ناحیهٔ زوج هم همین است، اگر رضایت باطنی کافی باشد در جائی که قلباً به عقدِ خوانده شده راضی باشد، نمی‌تواند با مادر آن دختر ازدواج کند و اگر رضایت باطنی را کافی ندانیم، در این صورت ام الزّوجهٔ او نیست و برای او ازدواج با آن زن حلال است. پس در مقام اثبات گاهی با جملهٔ خبریّه، خبر می‌دهد و گاهی جملهٔ خبریّه هم نیست، بلکه تکلیف خود را بینه و بین اللّه می‌خواهد بداند، که آیا آثار عقد مترتّب هست یا نه؟

دلیل بر عدم کفایت رضایت قلبی:

در بحث سابق ادلّهٔ قائلین به کفایت رضای قلبی را نقل و نقد کردیم، اکنون ببینیم دلیل ما بر عدم کفایت رضایت باطنی چیست؟ ما

در عقد فضولی اسناد می‌خواهیم، یعنی باید عقد فضولی اسنادی به صاحب عقد پیدا کند و این اسنادلا یکون الّا بالانشاء، رضایت باطنی انشاء نیست، جملهٔ خبریّه هم انشاء نیست و حتّی گاهی جملهٔ خبریّه را هم نمی گوید، پس ما نمی‌توانیم به مجرّد رضایت باطنی و حتّی بعد از اظهار با جملهٔ خبریّه، عقد را به صاحب العقد نسبت دهیم، و این فضولی بر فضولیّت باقی می‌ماند، مگر این که قولًا یا فعلًا اجازه دهد، اگر انشاء شود اسناد آن هم درست می‌شود.

نکتهٔ سوم: لا تقاس مسئلهٔ الرضا فی الفضولی بمسألهٔ الرضا فی إباحهٔ التصرّفات.

در اباحهٔ تصرّفات رضایت کافی است، حتّی رضایت تقدیری هم کافی است، رضایت تقدیری این است که شخص بالفعل راضی نیست ولی وقتی دانست راضی می‌شود، مثلًا پسرش در تاریکی به خانه وارد می‌شود و چون او را نمی‌بیند می گوید خارج شو، ابتداءً راضی نیست ولی اگر بداند پسرش است، راضی می‌شود. اباحهٔ تصرّفات، حسابش از عقد فضولی جداست، چون در تصرّفات مشکل، مشکلِ «عقودکم» نیست بلکه مشکل
«لا یحلّ مال امرئٍ مسلم الّا عن طیب نفسه»
است یعنی مشکل طیب نفس است که آن هم حاصل است و انشاء نمی‌خواهد حتی طیب نفس تقدیری هم کافی است، ولی در ما نحن فیه طیب نفس در اسناد کافی نیست و انشاء می‌خواهد تا این عقد به صاحبش اسناد داده شود.

نکتهٔ چهارم: تعبیری که متن تحریر الوسیله دارد و می‌گوید: این رضایت مُبرز و مُظهری می‌خواهد، تعبیر درستی نیست

چون انشاء می‌خواهد، پس رضای مُبرَزْ هم کافی نیست بلکه باید رضایتی باشد که با جملهٔ انشائیه ابراز و اظهار شود، نه با هر ابراز و اظهاری مانند جملهٔ خبریّه.

نکتهٔ پنجم: [استدلال به حدیث معروف «خالد بن الحجّاج» در عدم کفایت مجرّد رضایت در عقد فضولی]

اشاره

بعضی برای عدم کفایت مجرّد رضایت در عقد فضولی و بطلان چنین عقدی، به حدیث معروف «خالد بن الحجّاج»

---

(۱) مستند العروه (کتاب النکاح)، ج ۲، ص ۳۲۶.

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۷۹

استدلال کرده‌اند که در مکاسب هم آمده است

...* عن یحیی بن الحجاج عن خالد بن الحجاج قال: قلت لأبی عبد اللّه علیه السلام الرجل یجئ فیقول: اشترِ هذا الثوب، و ارْبِحُکَ کذا و کذا

(بخر و به من بفروش و من به تو سود می‌دهم)

، قال علیه السلام: أ لیس ان شاء ترک، و إن شاء أخذ؟

(یعنی مشتری کار را تمام کرده یا مختار است، اگر می‌خواهد می‌خرد و اگر نخواهد نمی‌خرد)

قلت: بلی

(قرارداد نبسته)

، قال: لا بأس به انّما يَحلّ

(يحلّل)

الكلام و يحرّم الكلام. «۱»

(اگر معامله را قبل از خریدن تمام می‌کرد درست نبود، چون

«لا بيع الا فى ملك»

ولی چون هنوز نفروخته، عیب ندارد)

در متن حدیث امام علیه السلام می‌فرماید:

«انّما يحلّ الكلام و يحرّم الكلام»

بنابراین نه تنها رضایت باطنی کافی نیست بلکه انشاء فعلی هم کافی نیست و باید کلام باشد، یعنی حلّیّت و حرمت عقود به کلام است، انشاءِ عقد ازدواج به کلام است و طلاق هم به کلام است...،

پس این روایت با روایات سکوت در باب بکر و روایات سکوت باب عبید و اماء در تعارض است.

قلنا: چه کلامی است که حلال می‌کند و چه کلامی است که حرام می‌کند؟ یعنی اگر قبلًا انشاء بیع کردی، حرام است ولی اگر مقاوله کردی حلال است؟ این عبارت چهار احتمال دارد که احتمال اساسی این است که حدیث هیچ ارتباطی به بحث ما ندارد.

۶۶ ادامهٔ مسئلهٔ ۱۹ ... ۹/ ۱۱/ ۷۹

سند حدیث:

در سند روایت، قبل از «خالد بن حجاج»، «یحیی بن حجّاج» است که هر دو برادرند و ثقه، و بقیّهٔ رجال سند هم خوب است.

بعضی می‌گویند که اگر یحیی بن حجاج باشد روایت حسنه است در حالی که مرحوم علّامه در خلاصه و مرحوم نجاشی او را توثیق کرده‌اند، شاید این که گفته‌اند حسنه است به خاطر این است که اوّل سند در حدیث کافی و تهذیب «علی بن ابراهیم» عن أبیه دارد که «ابراهیم بن هاشم» محلّ بحث است؛ ولی ما معتقدیم که او از ثقات است. پس اگر سند حدیث «یحیی بن حجاج» عن «خالد بن حجاج» باشد این سند درست است، در مورد «ابراهیم بن هاشم» تعبیر به ثقهٔ نیست ولی تعابیری در مورد اوست که از ثقه بودن بالاتر است.

لکن الانصاف: این روایت نسخهٔ بدل دارد و به جای «خالد بن حجّاج»، «خالد بن نجیح» دارد، که مجهول الحال است. پس سند روایت مردّد است و قابل اعتماد نیست.

دلالت حدیث:

احتمالات زیادی در جملهٔ

«انّما یحل الکلام و یحرّم الکلام»

که در ذیل روایت است وجود دارد، صاحب جواهر و شیخ انصاری چهار احتمال را متذکر شده‌اند و ما هم می‌توانیم دو احتمال دیگر اضافه کنیم.

احتمال اوّل: چیزی که حلال و حرام را درست می‌کند انشاء لفظی است (الانشاء اللّفظی فی ابواب العقود یحلّل و یحرّم) که هم معاطات را خراب می‌کند و هم اجازهٔ فعلی را در باب فضولی، صاحب وسایل می‌فرماید: فیه دلالهٔ علی عدم انعقاد البیع بغیر صیغهٔ فلا یکون بیع المعاطاهٔ معتبراً، فتدبّر. «۲»

جواب: اگر این حدیث را این گونه معنی کنیم هیچ ارتباطی با صدر روایت پیدا نمی‌کند، چون صدرش می‌پرسد که بیع این دلّال چگونه است؟ حضرت در جواب می‌فرماید: آنچه عقد را صحیح می‌کند انشاء لفظی است. بله اگر این حدیث فقط همین عبارت را داشت، این احتمال بود، ولی در اینجا بین صدر و ذیل حدیث ارتباطی نیست.

احتمال دوم: کلام واحد در بعضی از مقامات حلال می‌کند و در بعضی از مقامات حرام می‌کند، این معنی با صدر حدیث مربوط می‌شود یعنی اگر قبل از خریدن، انشاء بکند، حرام می‌کند و اگر بعد از خریدن انشاء کند، حلال می‌کند.

جواب: اوّلًادلالتی بر بحث ما و بحث معاطات ندارد یعنی روایت ندارد که حتماً عقود باید با لفظ باشد و روایت این را نمی‌رساند که عقد لفظی لازم استو ثانیاًانشاء قبل از خریدن باعث حرام شدن نمی‌شود و اگر حرام بوده از قبل حرام بوده

(لا بیع الّا فی ملکٍ)

، چون معامله حاصل نشده و مالک نشده است، پس این مسامحه است.

احتمال سوم: کلامها مختلف است، بعضی از کلامها موجب حلیّت و بعضی موجب حرمت است، مثلًا در عقد نکاح اگر با لفظ «أنکحت» باشد، حلال است، و اگر با لفظ «بعت» باشد حرام است.

جواب: اوّلًا: ارتباطی به صدر روایت ندارد چون صدر کاری به الفاظ مختلف ندارد بلکه با انشاء کردن و نکردن کار داردو ثانیاً «بعتُ» به جای «انکحت» سبب حرمت نمی‌شود بلکه بی‌اثر است (از قبل حرام بوده است) پس بعتُ اثر نکرده، و این که بگوئید این کلام

---

(۱) وسائل، ج ۱۲، ح ۴، باب ۸ از ابواب احکام العقود.

(۲) وسائل، ج ۱۲، ص ۳۷۶، پاورقی.

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۸۰

سبب حرمت می‌شود مسامحه است.

احتمال چهارم: کلمات مختلف است و این کلام کنایه از مقاوله است (یعنی گفتگوی مقدّماتی دلّال) امّا إنشاء البیع قبل از خرید دلّال باعث حرمت می‌شود، پس انشاء موجب حرمت است و مقاوله باعث حرمت نیست، در این صورت ذیل با صدر به خوبی سازگار است.

جواب: نه مقاوله باعث حلیّت می‌شود و نه انشاء بیع باعث حرمت، آن چیزی که سبب حلیّت است انشاء بعدی است نه مقاوله و این مسامحه است کما این که در

«یحرّم الکلام»

هم انشاء قبلی موجب حرمت نیست بلکه بیع ملک غیر است

(لا بیع الّا فی الملک)

که سبب حرمت می‌شود و این تعبیر هم مسامحی است و انشاء قبلی بی‌خاصیّت است.

احتمال پنجم: کلام یعنی انشاء (به قرینهٔ مقام) یعنی در نکاح انشاء نکاح حلال می‌کند و در طلاق انشاء طلاق حرام می‌کند، در باب بیع انشاء است که حلال می‌کند و انشاء فسخ است که موجب حرمت می‌شود، بنابراین امام می‌فرماید انشاء که نکرده‌اند پس

حلال است.

احتمال ششم: کلام به معنی انشاء است، «یحلّ» یعنی متاع را برای مشتری حلال می‌کند و ثمن را برای بایع، و از آن طرف متاع را برای بایع حرام می‌کند و ثمن را برای مشتری، پس در یک معاملهٔ واحد چیزی برای بایع حلال می‌شود و چیز دیگری حرام، و همینطور در ناحیهٔ مشتری. در احتمال قبلی حلال در یک عقد و حرام در عقد دیگر بود ولی در این احتمال حلال و حرام هر دو در یک عقد است. پس اگر بخواهیم حدیث را درست کنیم باید کلام در حدیث به معنی انشاء باشد.

جمع‌بندی:

روایت تنها با تفسیر پنجم و تفسیر ششم هماهنگ است و در هر دو تفسیر کلام به معنی انشاء است در این صورت دلالتی بر بحث ما ندارد، چون امام در مقام بیان این نیست که انشاء باید لفظی باشد، بلکه می‌خواهد بگوید که صحبت‌های قبلی موجب حرمت نیست، پس نه در باب معاطات و نه در ما نحن فیه به این روایت نمی‌توان تمسّک کرد.

[مسألة ۲۰: لا یعتبر فی وقوع العقد فضولیّاً قصد الفضولیّة و لا الالتفات الیها]

اشاره

۶۷ مسئلة ۲۰ (قصد الفضولیّة و الالتفات الیها ...) ۱۰/ ۱۱/ ۷۹

مسألة ۲۰: لا یعتبر فی وقوع العقد فضولیّاً قصد الفضولیّة و لا الالتفات الیها، بل المدار فی الفضولیّة و عدمها هو کون العقد بحسب الواقع صادراً عن غیر من هو مالک للعقد و ان تخیّل خلافه، فلو تخیّل کونه ولیّا أو وکیلًا و أوقع العقد فتبیّن خلافه کان من الفضولی و یصحّ بالاجازة، کما انّه لو اعتقد أنّه لیس بوکیل و لا ولیٍّ فأوقع العقد بعنوان الفضولیّة فتبیّن خلافه صحّ العقد و لزم بلا توقّف علی الاجازة مع فرض مراعاة المصلحة.

عنوان مسأله:

آیا فضولی باید قصد فضولیّت و اصیل قصد اصالت کند یا این قصد لازم نیست؟ همچنین آیا لازم است که اصیل عالم به اصالت و فضول، عالم به فضولیّت باشد؟

ثمرهٔ بحث:

کسی وکالت دارد (اصیل) ولی نمی‌داند یا فراموش کرده یا به او خبر داده نشده است، عقدی جاری کرده به گمان این که فضولی است ولی در واقع اصیل بوده است، اگر قصد و علم را لازم ندانیم، عقد او صحیح است «لانّه صدر من اهله و وقع فی محلّه» و عکس این مسأله هم صادق است یعنی فکر می‌کرد که مالک است و زمین را فروخت بعد معلوم شد که ملک او نیست «فهذا یکون عقداً فضولیّاً یصح بالاجازة». پس اگر قصد و علم به فضولیّت و اصالت را شرط ندانیم، آن جائی که فکر می‌کرد فضولی بوده ولی در واقع اصیل بوده، لا یحتاج الی الاجازةو اگر فکر می‌کرد که اصیل بوده ولی در واقع فضولی بوده، العقد یحتاج الی الاجازة، و اگر علم و قصد را لازم بدانیم در این صورت عقد باطل است.

اقوال:

این مسأله در کلمات متقدّمین عنوان نشده و در بین متأخّرین مطرح شده است و از اوّلین کسانی که این مسأله را مطرح کرده محقّق نراقی است. خلاصهٔ عبارتش چنین است:

هل یشترط فی صحّهٔ الفضولی قصد کونه فضولیّاً (فقط قصد را گفته و علم را نگفته) أو عدمُ قصد کونه بالاختیار، ام لا؟ (بعد مقداری از ثمرهٔ بحث را بیان می‌کند ...) الظاهر الاخیر (عدم اعتبار القصد) لاطلاقات اخبار الفضولی «۱».

بعد از ایشان مرحوم صاحب عروه «۲»، و مرحوم صاحب جواهر و شارحین عروه مثل آقای حکیم در مستمسک و آقای خوئی در مستند در این باره بحث کرده‌اند. مرحوم آقای حکیم در ذیل این مسأله بحث کوتاهی دارد، می‌فرماید:

---

(۱) مستند، ج ۱۶، ص ۱۷۹.

(۲) عروهٔ، ج ۲، ص ۸۷۱ مسئلهٔ ۲۴.

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۸۱

هذا ممّا لا ینبغی الاشکال فیه. و فی الجواهر: القطع به، (قصد لازم نیست) لاطلاق الادلّهٔ. انتهی. و قد یقتضیه صحیح محمّد بن قیس الوارد فی بیع ولد المالک جاریهٔ أبیه بغیر اذنه بناءً علی ظهور کون البیع لاعتقاد کونه ولیّا علی البیع کابیه «۱». (فکر می‌کرده که اصیل است)

و من العجب بعضی از شارحین تحریر الوسیله عین این عبارت را در شرح عبارت تحریر آورده‌اند، بدون این که نام ببرند از کجا نقل کرده‌اند.

ادلّه:

۱- تحلیل معنی فضولی و اصیل:

ریشهٔ مسأله را باید در این عبارت که «آیا فضولیّت و اصالت از عناوین قصدیّه است یا نه؟» پیدا کرد، چیزهائی داریم که از عناوین قصدیّه است، مثل هبه که تا قصد آن را نکند، هبه نمی‌شود. امّا ملاقات با نجاست از عناوین قصدیّه نیست و وقتی که ملاقات با نجس کرد، نجس می‌شود. آیا فضولیّت و اصالت از عناوین قصدیّه است؟ علاوه بر این، آیا علم، در موضوع فضولیّت و اصالت اخذ شده است؟ چه بداند و چه نداند، عقدِ غیر مالک، فضولی است و عقد مالک اصیل است.

وقتی به ادلّه رجوع می‌کنیم در جائی نمی‌بینیم علم یا قصد در موضوع فضولی یا اصیل اخذ شده باشد، بلکه یک واقعیّت خارجیّه است که «اذا صدر عن المالک اصیلٌ و اذا صدر عن غیر المالک فضولیٌّ».

۲- اطلاقات روایات فضولی:

اطلاقات می‌گوید روایات فضولی عقدی که از غیر مالک سر زده، اگر اجازه، بعدش بیاید، به هر نیّتی که فضولی انجام داده صحیح است و امام نپرسیده که آیا نیت کرده یا نه، علم داشته یا نه؟ و یا عموی دختر، عقدی برای دختر خوانده، امام فرمود صحیح است، و نپرسید که آیا قصد بوده یا نه، علم بوده یا نه و فرمود عقد فضولی با اجازه صحیح است.

ان قلت: در صحیحهٔ محمد بن قیس «۲» معنی عبارتی که می‌گوید

«باعها ابن سیّدها و ابوه غائب»

این است که خودش را اختیاردار می‌داند؟

قلنا:

«ابوه غایب»

نشان می‌دهد که خودش را مالک نمی‌داند، چون وقتی پدرش غائب است این کار را می‌کند، پس اگر ظهور در عدم نداشته باشد، ظهور در صاحب اختیار بودنِ پسر (که گمان می‌کرده، مالک است) ندارد، زیرا کدام بچه خود را مالک اموال پدر می‌داند، پس تمسک به این روایت که آقای حکیم و بعضی از شارحین تحریر الوسیله به آن استدلال کرده‌اند، درست نیست.

ان قلت: اگر شخص خیال می‌کرد که فضولی است و جنسی را فروخت، یا عقد زوجیّتی را برقرار کرد، بعد معلوم شد که مالک بوده است، در اینجا باید به او بگوئیم خیال تو تأثیری ندارد و تو واقعاً مالک و اصیل بودی.

آیا در اینجا مالک نمی‌تواند بگوید من فکر می‌کردم که عقد تمام نیست و برای مالک مجال وسیع است تا استشاره و استخاره کند و من اگر می‌دانستم که عقد تمام می‌شود، این عقد را نمی‌خواندم.

آیا می‌توانیم بگوئیم تو اصیل بودی و خیال تأثیری ندارد و بگوئیم «العقد عقدك أوفوا بعقودکم»؛ آیا عقلا این عقد را صحیح می‌دانند و او را ملزم به عقد می‌کنند؟

قلنا: بسیار بعید است که این مسئلهٔ عقلائی باشد و «اوفوا بعقودکم» شامل او شود. او به گمان این که عقد دیگری است، این عقد را خوانده است و شاهد بر این معنی وجدان عقلائی است و اگر شک کنیم که درست است یا نه اصالهٔ الفساد جاری می‌کنیم، اگر این اشکال درست شود نتیجه‌اش این است که در فضولی علم لازم نیست، ولی در اصیل باید به اصالت علم داشته باشد، چون اصیل تعهّداتی دارد و فضولی تعهّدی ندارد، پس این عقد را چون عقد خودش نمی‌داند، «عقودکم» نیست.

نتیجه:

در مسأله باید قائل به تفصیل شویم و بگوئیم در فضولیّت علم و قصد شرط نیست ولی در اصالت حد اقل علم لازم است چون عقودکم در جائی است که آگاهانه عقد بخواند.

[مسئلهٔ ۲۱ (فی مَن یتوقف زوجیته علی اجازته)]

اشاره

۶۸ مسئلهٔ ۲۱ (فی مَن یتوقف زوجیته علی اجازته ...) ۱۱/ ۱۱/ ۷۹

مسألهٔ ۲۱: ان زوّج صغیران فضولًا فان اجاز ولیهما قبل بلوغهما أو اجازا بعد بلوغهما أو بالاختلاف بان أجاز ولیّ احدهما قبل بلوغه و اجاز الآخر بعد بلوغه تثبت الزوجیّهٔ و یترتّب جمیع احکامها، و ان ردّ ولیّهما قبل بلوغهما أو ردّ ولی احدهما قبل بلوغه أو ردّا بعد بلوغهما أو ردّ احدهما بعد بلوغه أو ماتا أو مات احدهما قبل الاجازهٔ بطل العقد من اصله بحیث لم یترتّب علیه اصلًا، من توارثٍ و غیره من سائر الآثار، نعم لو بلغ احدهما و اجاز ثم مات

---

(۱) مستمسک، ذیل مسئلهٔ ۲۴، ج ۱۴، ص ۵۰۳.

(۲) ح ۱، باب ۷۷ از ابواب نکاح عبید و اماء.

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۸۲

قبل بلوغ الآخر و اجازته، یعزل من ترکته مقدار ما یرث الآخر علی تقدیر الزوجیّهٔ، فان بلغ و اجاز یدفع الیه لکن بعد ما حلف علی انّه لم تکن اجازته للطمع فی الارث، و إن لم یجز أو اجاز و لم یحلف علی ذلک لم یدفع الیه بل یرد الی الورثهٔ، و الظاهر انّ الحاجهٔ الی الحلف انّما هو فیما اذا کان متّهماً بانّ اجازته لاجل الارث، و امّا مع عدمه کما اذا اجاز مع الجهل بموت الآخر أو کان الباقی هو الزوج و کان المهر اللّازم علیه علی تقدیر الزّوجیّهٔ ازید ممّا یرث یدفع الیه بدون الحلف.

عنوان مسأله:

بحث در این است که فضولی صغیرین را به عقد هم درآورده و مصلحت هم رعایت شده است، اگر یکی از اینها بالغ شود و بگوید من به این عقد راضی هستم و از دنیا برود، دوّمی هم بعد از بلوغ اجازه دهد، در این صورت بعد از حلف، از اوّلی ارث می‌برد، یا به تعبیر دیگر اوّلی که از دنیا رفت سهم ارث دومی را کنار می‌گذارند تا ببینند وقتی که بالغ شد اجازه می‌دهد یا نه؟ اگر اجازه داد، سهم ارث او را می‌دهند، ولی به شرط این که قسم یاد کند که اجازهٔ این فضولی به خاطر طمع در ارث نبوده، به طوری که اگر اوّلی در قید حیات بود، آمادهٔ زندگی با او بود و اگر اجازه نداد، سهم او را نمی‌دهند.

صور مسأله:

اشاره

مرحوم امام در این مسأله تبعاً للعروهٔ و عروه هم تبعاً للجواهر و جواهر هم تبعاً للمسالک، تمام شقوق عقد صغیرین را بیان می‌کنند، که مجموعاً هشت صورت است و آنچه را که گفتیم، صورت هشتم بود. هفت صورت اوّل واضح هستند و بحثی ندارد، ولی صورت ثامنه محل بحث است. از هفت صورت، سه صورت صحیح و چهار صورت باطل است.

صور صحیحه:

۱- هنگامی که عقد فضولی به گوش ولیّین رسید و هر دو در حال صغر اجازه دادند، در این صورت این دو زن و شوهر هستند و تمام احکام زن و شوهر بین این دو نفر جاری است، چه صغیرین اجازه دهند و چه اجازه ندهند.

۲- هر دو بالغ شوند و هر دو اجازه دهند، که در اینجا هم زوج و زوجه می‌شوند.

۳- احدهما ولیّش در حال صغر اجازه دهد و دومی خود بالغ شود و اجازه دهد (زوج و زوجه تفاوت نمی‌کند)

چرا این صور صحیح است؟

قضایا قیاساتها معها، زیرا مشمول احکام گذشته می‌شود که ادلّهٔ آن گذشت و روشن گردید و جای بحث ندارد.

صور باطله:

۱- هر دو ولیّ قبل از بلوغ رد کنند، در اینجا فضولی بعد از رد از بین می‌رود و امّا این که اجازهٔ بعد از رد چه حکمی دارد قبلًا گذشت و فرض ما هم این است که بعد از بلوغ هم خودشان اجازه نداده‌اند.

۲- ولیّ احدهما قبل از بلوغ رد کند در این صورت اگر یکی اجازه دهد فایده ندارد چون نتیجه تابع اخصّ مقدّمتین است.

۳- هر دو بالغ شوند و هر دو رد کنند.

۴- هر دو بالغ شوند و یکی از آنها رد کند. (فرقی نمی‌کند که کدام رد کند زوج یا زوجه).

صورت محلّ بحث:

جائی است که «احدهما بلغ فاجاز ثم مات» در اینجا سهم ارث دومی را کنار می‌گذارند تا بالغ شود و اگر اجازه کرد، بعد از قسم خوردن سهم ارث او را می‌دهند.

فرع مسأله:

در ذیل این مسأله یکی از فروع را امام ذکر می‌کند که خوب بود جداگانه می‌گفتند، می‌فرماید این قسم برای جائی است که شخص متّهم باشد که بخاطر جیفهٔ دنیا این ازدواج را قبول کرده است و امّا جائی که اتّهام نیست، مثلًا خبر موت و خبر ارث به او نرسیده است می‌گوید «اجزتُ» در اینجا به گمان زنده بودن اجازه داده است و جای اتّهام نیست، پس قسم هم لازم نیست. یا اصلًا ارثی ندارد، در اینجا نیز جای اتّهام نیست. پس به طور کلّی قسم در جائی است که اتّهام باشد.

اقوال:

از کسانی که این مسأله را عنوان کرده‌اند، مرحوم آقای حکیم «۱»، آقای خوئی «۲»، صاحب جواهر «۳» و صاحب مسالک «۴» است. از کلمات این بزرگواران استفاده می‌شود که در مسأله مخالفی نیست: مرحوم آقای حکیم در مستمسک می‌فرماید: «بلا خلافٍ ظاهر».

ادلّه:

۱- قاعده:

طبق قاعده این عقد، عقد باطلی به نظر می‌رسد، زیرا گفتیم که فضولی یک عقد عقلائی است، در جائی که مثلًا زن ده سال قبل

---

(۱) مستمسک، ذیل مسئلهٔ ۲۹ عروه.

(۲) مستند، ذیل مسئلهٔ ۲۹ عروه.

(۳) جواهر، ج ۲۹، مسئلهٔ ۸ از ملحقات عقد نکاح، ص ۲۱۶.

(۴) مسالک، ذیل مسئلهٔ هشتم از ملحقات نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۸۳

مرحوم شده و مرد می‌خواهد بعد از ده سال عقد را امضا کند، عقلا این را نمی‌پذیرند، زیرا موضوع من احد الجانبین منتفی شده است و دیگر جای اجازه نیست. اگر روایت چنین عقدی را صحیح بداند تعبداً می‌پذیریم، ولی از نظر قاعده، خلاف قاعده است و شبیه این است که خانه‌ای را فضولًا فروخته‌اند، بعد از چند سال که خانه خراب شده، می‌خواهد اجازه دهد، تا کرایه‌های سالهای قبل را بگیرد، و حال آن که خانه‌ای که ویران شده، چگونه خریدوفروش می‌شود، در حالی که منتفی شده است.

نکته: این که بعضی از بزرگان می‌فرمایند «لا خلاف» باید دید که آیا همه متعرّض این مسأله شده‌اند و مخالفی نیست و یا اینکه بعضی متعرّض نشده‌اند و لذا باید دید که سابقهٔ مسأله، چگونه است.

۶۹ ادامهٔ مسئلهٔ ۲۱ ... ۱۲/ ۱۱/ ۷۹

در باب عقد اصیل داریم که «من شرایط الایجاب و القبول بقاء الموجب و القابل علی الاهلیّهٔ الی آخر العقد» یعنی اگر موجب ایجاب کرد و محجور یا دیوانه شد، در این صورت بر اهلیّت تا پایان عقد نبوده و عقد باطل است. در فضولی، موجب و قابلِ فضولی، جسمی از عقد را درست کرده‌اند و نمی‌توانند قرارداد حقیقی ایجاد کنند، زیرا قراردادِ حقیقی بین مالکین عقد است و اجازهٔ آنهاست که قرارداد واقعی است، پس صدق معاهده بدون اهلیّت طرفین و یا اجازهٔ طرفین درست نیست.

مرحوم نراقی چنین می‌فرماید:

«لأنّ الاصل عدم ترتّب الاثر علی الاجازهٔ بعد موت احد الطرفین، فانّ جریان ادلّهٔ صحهٔ الفضولی الی مثل المقام غیر معلوم (ایشان می‌گوید که ادلّه صحت فضولی منصرف است به جائی که هر دو زنده باشند، ما می‌گوئیم از انصراف هم بالاتر است و اصلًا صدق عقود نمی‌کند).

...لعدم قبول المحل حین الاجازهٔ للزوجیّهٔ، و عدم تحقّق الزوجیهٔ قبل الاجازهٔ. الّا انّه ثبت بالنص الصحیح (خبر أبو عبیده) و غیره تأثیر اجازهٔ الحیّ الحاصلهٔ بعد موت الآخر» «۱».

جمع زیادی از قدماء هم به وراثت و صحّت اجازه بعد از موت فتوی داده‌اند.

نتیجه: اصل در میان عقلاـ عدم صحّت چنین عقدی است و اگر شک کنیم در صحّتِ این عقد، اصالهٔ الفساد جاری می‌شود و عمومات هم شامل اینجا نیست، مگر اینکه دلیل روائی قوی پیدا کنیم تا چنین حکم خلاف عرفی را بدهیم.

۲- روایت:

اشاره

روایتی که در این باب به آن استدلال کرده‌اند، روایت صحیحهٔ أبو عبیده است، سند روایت خوب است، ولی سند دیگری دارد که «سهل بن زیاد» در آن است و مشکل دارد و دو سند دیگر هم دارد که خوب است (حسن بن محبوب، از اصحاب اجماع و بقیّه از ثقات هستند).

...* عن ابی عبیدهٔ قال سألت أبا جعفر علیه السلام عن غلام و جاریهٍٔ

(صغیرین)

زوّجهما ولیّان لهما

(از ذیل روایت استفاده می‌شود که ولیّان دو ولی شرعی نبوده‌اند، بلکه ولی عرفی بوده‌اند که فضولی بوده است)

و هما غیر مُدرکین قال: فقال: النکاح جایزٌ ایّهما ادرک کان له الخیار فأن ماتا قبل ان یُدرکا فلا میراث بینهما و لا مهر الّا ان یکونا قد ادرکا و رضیا، قلت: فان ادرک احدهما قبل الآخر قال: یجوز ذلک علیه إن هو رضی، قلت فان کان الرجل

(میّت شوهر است و مسئلهٔ مُردن زن در اینجا نیست)

الذی ادرک قبل الجاریهٔ و رضی النکاح ثم مات قبل ان تدرک الجاریهٔ أ ترثه؟ قال: نعم یُعزل میراثها منه حتی تُدرک و تحلف باللّه ما دعاها، الی اخذ المیراث الّا رضاها بالتزویج ثم یدفع الیها المیراث و نصف المهر «... ۲»

۷۰ ادامهٔ مسئلهٔ ۲۱ ... ۱۵/ ۱۱/ ۷۹

مشکلات حدیث:

۱- در آغاز حدیث می‌فرماید

«زوّجهما ولیّان لهما»

، اگر ولیّان تزویج کرده‌اند، در این صورت فضولی نیست، پس از بحث ما خارج است.

جواب: غالباً بزرگان مثل صاحب جواهر و صاحب وسایل جواب داده‌اند به این که ولیّ در اینجا ولیّ شرعی نیست، بلکه ولیّ عرفی است و شاهدش ذیل حدیث است که راوی می گوید

«قلت فان کان ابوها هو الّذی زوّجها»،

پس به قرینهٔ ذیل، در صدر تصرّف می کنیم و می گوئیم ولیّ عرفی مراد است.

۲- امام می‌فرماید باید نصف المهر را داد با این که تنصیف مهر در طلاق است، یعنی اگر شوهر طلاق داد به مقتضای آیهٔ «وَ إِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَ قَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مٰا

---

(۱) مستند، ج ۱۶، ص ۱۹۱.

(۲) ح ۱، باب ۱۱ از ابواب میراث الازواج.

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۸۴

فَرَضْتُمْ » «... ۱» در صورت طلاق نصف است، ولی اگر شوهر مرحوم شد باید تمام مهر را بدهند و لو دخولی هم حاصل نشده باشد. در اینجا ادّعای اجماع شده و قائل به نصف مهر شاذ است. روایات در مورد نصف مهر هم داریم، ولی روایاتی که تمام مهر را می گوید مشهور است و در مقام تعارض مقدّم است، پس ذیل حدیث مشکل دارد.

جواب: مرحوم صاحب جواهر دو جواب می‌دهد که هیچ کدام از نظر ما قابل قبول نیست (صاحب جواهر، مسئلهٔ فضولیّین را در دو جا متذکّر می‌شوند، یکی در ابواب نکاح «۲» و دیگری در ابواب میراث «۳») ایشان در ابواب میراث چنین می‌فرمایند:

شیرازی، ناصر مکارم، کتاب النکاح (مکارم)، ۶ جلد، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۲۴ ه ق کتاب النکاح (مکارم)؛ ج۲، ص: ۸۴

اوّلًا: اگر حجیّت حدیث را در قسمتی بپذیریم مانع از رد حجیّت حدیث در قسمت دیگر نمی‌شود وثانیاً: شاید نصف دیگر مهر را قبلًا داده و نصف دیگر را الآن می‌دهد.

قلنا: هر دو جواب ناتمام است. مشکل جواب اوّل این است که حدیث واحد آن هم در یک حکم مرتبط به هم (ارث مال و ارث مهر) مطابق سیرهٔ عقلا نیست و حال آن که مهمترین دلیل حجیّت خبر واحد سیرهٔ عقلاست.

و امّا جواب دوم تکلّف بسیار عجیبی است که نصف مهر را قبلًا داده باشد، چون دوّمی هنوز اجازه نداده و بالغ نشده، چگونه نصف مهر را داده است؟

پس این مشکل را به این صورت نمی‌توانیم حل کنیم، و اشکال به قوّت خود باقی است.

۳- قسم برای چیست؟

مرحوم صاحب جواهر چنین می‌فرماید:

«طلب الیمین من المجیز مع انّ القاعدهٔ تقتضی عدمها منه لانّه (مجیز) مصدّق فی ما لا یعلم الّا من قبله، (نیّت خودش را می‌داند) بل

لعلّ المتّجه ترتّب الحکم و لو کان الذی دعاه الی الرضا الرّغبهٔ فی المیراث، ضرورهٔ تحقّق الرضا و ان کان دعاه الیه الطمع.» «۴»

مردم کثیراً با پولدارها به خاطر طمع در مالِ طرف مقابل ازدواج می‌کنند، و نمی‌توانیم بگوئیم که این ازدواج باطل است بلکه ازدواجهای مختلف داریم، ازدواج تجاری، سیاسی، الهی که اینها همه درست است. پس این حکم نه با مبانی عقلا سازگار است و نه نظیری در فقه دارد، چون در جائی در فقه نداریم که ارث یا زوجیّت را با قسم ثابت کنیم. در مقابل این اشکال جوابی نمی‌توان داد مگر اینکه بگوئیم تعبّد محض است که شارع می‌گوید قسمی خورده شود.

پس حدیث به خاطر حکم تنصیف مهر و این اشکال متزلزل می‌شود.

أضف الی ذلک: بعد از این که احد طرفین از قابلیّت خارج شود زوجیّت بین عقلا وجهی ندارد. این امور حجیّت حدیث را متزلزل می‌کند چون خبر واحدی است که حجیّت آن از جهاتی تزلزل پیدا کرده است.

اللّهمّ الّا ان یقال: اصحاب قدیماً و جدیداً به آن عمل کرده‌اند و لو نراقی و صاحب مسالک می‌گویند خلاف قاعده است؛ از جمله کسانی که به این روایت عمل کرده‌اند، شیخ طوسی در نهایهٔ، ابن حمزه در وسیلهٔ، یحیی بن سعید در الجامع للشرائع، علّامه در تبصرهٔ و قواعد و شهید در دروس است که همه به آن فتوی داده‌اند.

نتیجه: از طرفی سند حدیث معتبر و عمل اصحاب به آن زیاد است و مخالفی هم ندارد (آیهٔ اللّه سبزواری در مهذّب ادعای اجماع می‌کند) و از طرف دیگر حدیث مشتمل بر مسائلی است که حجّیت آن را متزلزل می‌کند، ما در اینجا برای اینکه هم مخالفت صریح با روایات نکرده باشیم و هم مخالفت با روشهائی که از ائمه یاد گرفته‌ایم نباشد، می‌گوئیم که ورثه با این شخص مصالحه کند (الاحوط المصالحهٔ) زیرا فتوی به ارث مشکل است و نفی ارث خلاف اصحاب.

نکته: ظاهر عبارت حدیث انحصار است اگر

...« قلت فان کان الرجل ادرک الّذی قبل الجاریهٔ »...

را صفت بگیریم، خبر ندارد و اگر خبر باشد، از آن استفادهٔ حصر می‌شود (ای و ان کان الرجل هو الذی) ... و اگر حصر باشد عجیب‌تر می‌شود که اگر دختر زنده ماند و اجازه داد ارث می‌برد بخلاف جائی که پسر زنده بماند و اجازه دهد.

۷۱ ادامهٔ مسئلهٔ ۲۱ ... ۱۶/ ۱۱/ ۷۹

فروعٌ:

اشاره

مسأله فروعی دارد که از مسالک «۵» آنها را نقل می‌کنیم. امام هم بعضی از فروع را در مسئلهٔ ۲۱ و بعضی دیگر را در مسئلهٔ ۲۲ و ۲۳ آورده و بعضی را هم نیاورده است.

---

(۱) آیهٔ ۲۳۷ سورهٔ بقره.

(۲) جواهر، ج ۲۹، ص ۲۱۹.

(۳) جواهر، ج ۳۹، ص ۲۰۴.

(۴) جواهر، ج ۳۹، ص ۲۰۴.

(۵) مسالک، ذیل مسئلهٔ ۸ از ملحقات نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۸۵

فرع اول: اگر تهمت (علاقه به ارث) در مورد اجازهٔ دومی منتفی شود،

مثل آنجائی که خبر از موت اولی نداشته است و یا نفر دوم شوهر و مهریّه سنگین‌تر از مال الارث است آیا دومی لازم است قسم بخورد؟

مرحوم شهید ثانی مسأله را بر این مبتنی می‌کند که آیا نفی تهمت از قبیل علّت است یا حکمت؟ اگر از قبیل علّت باشد، هرکجا تهمت هست، قسم هم هست و هرکجا تهمت نیست، قسم هم نیست، اما اگر از قبیل حکمت باشد، حکمت دائمی نیست، بلکه غالبی است. اگر به کسی گفته شد برای طلاق عدّه نگه‌دار، برای اینکه تداخل میاه می‌شود، این حکمت است نه علّت، و لذا اگر شوهر چهار سال در مسافرت بوده، و زن می‌خواهد طلاق بگیرد باز باید زن عدّه نگه دارد، با این که تداخل میاه نیست. در ما نحن فیه مرحوم شهید می‌فرماید که‌علل الشرایع من قبیل الحکمهٔ غالباًو اگر تهمت هم نباشد باید قسم بخورد.

قلنا: راه مسأله این نیست و کاری به علّت و حکمت ندارد بلکه، بحث در این است که آیا روایت منصرف است به جائی که تهمت باشد یا منصرف نیست. ما می‌گوئیم این حدیث به دست هر عرفی داده شود، می‌گوید منصرف است به جائی که تهمت باشد، چون در جائی که تهمت نباشد، قسم لغو است چرا که روایت می‌فرماید

«ما دعاها إلی اخذ المیراث الّا رضاها بالتزویج»

، جائی که عیان است چه حاجتی به قسم خوردن است!، پس اطلاق انصراف دارد از چنین قسمی و مانند امام (ره) می‌گوئیم که اگر تهمت منتفی شود جائی برای قسم نیست.

فرع دوم: اگر خودداری کرد و قسم نخورد

(اجازه و لم یحلف) و بعد فوت کرد آیا این اجازه نقشی دارد؟

قد یقال: این اجازه دلیل بر کمال عقد است و چون عقد کامل شده است بنابراین ارث می‌برد.

قلنا: این خلاف نص است چون نص می‌گوید «یحلف» پس شرط آن حلف است و اگر شرط حاصل نشد، مشروط حاصل نمی‌شود. بله اگر احتمال قسم خوردن بدهیم در اینجا باید صبر کنیم تا قسم بخورد، البتّه باید ملاحظهٔ ورثه هم بشود که آنها هم متضرّر نشوند.

فرع سوم: دختر اجازه داد و از دنیا رفت، سپس پسر اجازه داد؛ ولی قسم نخورد

در اینجا مال الارث را به او نمی‌دهیم؛ ولی آیا او باید مهریّه را بدهد؟

مرحوم شهید می‌فرمایدفیه وجهان:

الاوّل: مهریّه فرع نکاح است و نکاح هم متوقّف بر یمین است، حالا که قسم نخورد نه ارث می‌برد و نه مهر می‌دهد.

الثانی: مهر را بدهد و ارث را نگیرد چون اجازه از قبیل

«اقرار العقلاء علی انفسهم»

و اقرار به ثبوت حق است و مهر هم که بر علیه اوست و باید مهر را بدهد ولی ارث نمی‌برد، چون علیه دیگری است مگر اینکه قسم بخورد و تهمت از بین برود. مرحوم شهید ثانی احتمال دوم را اختیار می‌کند.

قلنا: در مقام ثبوت و واقع، مهریّه و ارث از هم جدا نیستند، اگر هست، هر دو هستند و اگر نیست، هیچ یک نیستند ولی در مقام اثبات احکام جدا می‌شوند، به مقتضای اقرار مهر ثابت می‌شود؛ ولی ارث نمی‌برد. نظیر این مسأله در ابواب مختلف فقه وجود دارد

و احکام ظاهریّه تفکیک پیدا می‌کنند، مثلًا اگر بعد از نماز شک در وضو کند، قاعدهٔ فراغ می‌گوید نماز او صحیح است؛ ولی برای نماز بعدی باید وضو بگیرد، پس وجه ثانی اختیار می‌شود.

فرع چهارم: نص روایت در مورد تزویج صغیرین است، آیا در کبیرین هم همین حرف می‌آید؟

مثلًا دو نفر فضولی عقدی برای کبیرین خوانده‌اند، خبر به یکی رسید و اجازه داد و بعد از دنیا رفت، بعد خبر به دومی رسید و اجازه داد، آیا همان حرفهائی که در صغیرین بود در اینجا هم هست؟ آیا ارث می‌برد؟ آیا قسم بخورد؟

مورد نص صغیرین است ولی در کبیرین دو وجه است:

الاوّل: تعدّی کنیم «لتساویهما فی کون العقد فضولیّاً» به عبارت دیگر در مورد صغیرین الغاء خصوصیّت کنیم و در کبیرین هم قائل شویم.

الثّانی: عدم تعدّی که صاحب مسالک چنین می‌فرماید: «و من أنّ فی بعض احکامه ما هو خلاف الاصل فیقتصر علی مورده و هذا اقوی»

قلنا: وقتی اصل مسأله دست‌انداز داشته باشد فروعات آن هم مشکل دارد، ما اصل قضیّه را به زحمت (تعبداً) پذیرفتیم ولی اینجا را نمی‌پذیریم و اقتصار بر مورد می‌کنیم.

فرع پنجم: عاقد در احد طرفین ولی و در طرف دیگر فضولی است،

مثلًا دو صغیر را یک طرف ولی عقد خوانده و طرف دیگر را فضولی، صغیر در طرف ولی کبیر شده و فوت کرد یا پیش از کبیر شدن فوت کرد (چون ولی او اجازه داده است تفاوتی ندارد) و طرف دیگر (فضولی) کبیر شد و اجازه داد، آیا این مورد نیز ملحق به احکام حدیث است؟

در اینجا نیز دو وجه جاری است، منتهی مرحوم شهید در

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۸۶

مسالک با قوّت می‌گوید اقوی این است که این صورت را ملحق کنیم به قیاس اولویّت، چون این مورد اولیٰ از مورد نص است، زیرا مورد نص هر دو فضولی بودند ولی در اینجا یک طرف اصیل است. پس قیاس اولویّت قطعیه است و اشکال ندارد و قیاسی که لیس من مذهبنا قیاس ظنی است.

قلنا: حکم به اولویت قطعی قابل تأمل است، ما واقع را نمی‌دانیم و حکم تعبّدی است، و اساسِ آن، «نمی‌دانیم» است پس چگونه تعدی کنیم، شاید حکمتی است که فقط در فضولیین می‌آید.

فرع ششم: اگر هر دو بالغ باشند منتهی یکی اصیل و دیگری فضولی،

یکی بعد از خواندن عقد از دنیا رفت و طرف دیگر بعد از اطّلاع اجازه داد آیا این را هم به نص ملحق کنیم؟

در اینجا باز بعضی خواسته‌اند که دو وجه درست کنند، یک وجه قیاس اولویّت است چون یک طرف اصیل است، وجه دیگر این است که خروج از مورد نص است.

قلنا: چون نص در مورد صغیرین و این فرع در مورد کبیرین است و حکم تعبدی است، لذا در اینجا نیز مانند مورد سابق احکام حدیث جاری نمی‌شود.

[مسألهٔ ۲۲ (ترتّب الآثار الاخر علی الحلف)]

اشاره

۷۲ مسئلهٔ ۲۲ (ترتّب الآثار الاخر علی الحلف ...) ۱۸/ ۱۱/ ۷۹

مسألهٔ ۲۲: کما یترتّب الإرث علی تقدیر الاجازهٔ و الحلف یترتّب الآثار الاخر المترتبهٔ علی الزوجیّهٔ ایضاً من المهر و حرمهٔ الامّ و البنت و حرمتها (زوجه‌ای که زنده مانده است)

علی اب الزوج و ابنه ان کانت الزوجهٔ هی الباقیهٔ و غیر ذلک (اگر برادر و خواهر رضاعی داشتند)،

فیترتّب جمیع الآثار علی الحلف فی الظاهر علی الاقوی (چون حلف مربوط به مقام اثبات و ظاهر بود).

عنوان مسأله:

این مسأله با مسئلهٔ قبل مرتبط است و از فروع آن است. محتوای مسأله این است که گفتیم با اجازه و حلف، مهر و ارث (دو اثر از آثار زوجیّت) مترتّب می‌شود، آیا سایر آثار مانند محارم سببی هم بر آن مترتّب می‌شود؟ فرض مسأله جائی است که دختر بالغ شد و اجازه داد و از دنیا رفت، پسر وقتی اجازه داد، مادر آن دختر امّ الزّوجهٔ اوست و بر او حرام است، همچنین دختران آن مرحومه هم بر او حرام می‌شود.

اقوال:

کسانی که متعرّض این مسأله شده‌اند، بیشتر معاصرین و من یقارب عصرنا هستند و قدما کمتر اشاره‌ای به این مسأله کرده‌اند، از جملهٔ کسانی که متعرّض شده‌اند، صاحب عروه است و مطلب اضافه‌ای هم دارد که امام (ره) نگفته‌اند:

«الظاهر ترتّب هذه الآثار بمجرّد الاجازهٔ من غیر حاجهٍ الی الحلف (قسم برای ارث و مهر است و این آثار قسم نمی‌خواهد) فلو اجاز و لم یحلف مع کونه متهماً لا یرث و لکن یرتّب سائر الاحکام». «۱»

در اینجا جمعی از محشّین عروه قائلند که حلف باید باشد و اگر نباشد، آثار دیگر هم مترتّب نمی‌شود. آقای حکیم چنین می‌فرماید:

«هذا ممّا لا اشکال فیه، لکونه ظاهر الصحیحهٔ المتضمنهٔ لثبوت الزوجیّهٔ بعد الحلف» «۲»

نکات:

۱- اگر اجازه آمد و قسم هم آمد به چه دلیل سایر آثار مترتّب می‌شود؟

الف- کسانی که این زوجیّت را موافق قاعده می‌دانند: چون موافق قاعده است باید آثار دیگر هم بر آن مترتّب شود.

ب- کسانی که مسأله را تعبّد محض و خلاف قاعده می‌دانند (مختار ما): سایر آثار جای بحث دارد (چه طبق مبنای کشف و چه نقل) و هذا تعبدٌ مخصوص بالارث و المهر و تا آنجائی که صحیحه گفته ما هم می‌گوئیم و زائد بر آن را چون خلاف قاعده است نمی‌گوئیم.

اللّهمّ الّا ان یقال: ظاهر صحیحه این نیست که ارث یا مهر بدهید، بلکه می‌گوید زوجیّت حاصل است

«فتحلف باللّه ما دعاها الی اخذ المیراث الّا رضاها بالتّزویج»

یعنی قسم که می‌خورد زوجیّت روشن می‌گردد و ارث و مهر ثابت می‌شود، از این تعبیر معلوم می‌شود که امام می‌خواهد بفرماید

بعد از اجازه و قسم زوجیّت حاصل شده است و ارث و مهر می‌برند و سایر آثار هم چون زوجیّت هست، مترتّب می‌شود. ولی ما بخاطر اینکه در اصل مسأله احتیاط کردیم در اینجا هم در سایر آثار باید احتیاط کنیم.

۲- آن چه که عروه داشت و می‌فرمود «قسم هم نخورد سایر آثار مترتّب است

چون این حکم موافق قاعده است، پس زوجیّت حاصل است و تمام آثار مترتّب می‌شود و فقط مهر و میراث است که قسم می‌خواهد»، این قول دو اشکال دارد:

اوّلًا: موافق قاعده نیست بلکه مخالف قاعده است و لذا تا قسم

---

(۱) عروه، ج ۲، ص ۸۷۳، مسئلهٔ ۳۰ از احکام عقد.

(۲) مستمسک، ج ۱۴، ص ۵۱۲، ذیل مسئلهٔ ۳۰ عروه.

نیاید هیچ اثری مترتّب نیست.

ثانیاً: بر فرض هم موافق قاعده باشد، در اینجا شارع می‌گوید زوجیّت بدون قسم حاصل نمی‌شود، نمی‌گوید که ارث با قسم حاصل می‌شود، پس تا قسم نیاید این اجازه جدّی نیست و بدون اجازه، عقد مشکوک است و بر این عقد مشکوک هیچ اثری مترتّب نمی‌شود. پس مهر و ارث از سایر آثار جدا نیست و تفکیکی که صاحب عروه و بعضی محشّین قائل شده‌اند، درست نیست. اصل مسأله عجیب و تفکیک بین آثار، عجیب‌تر است.

۳- اگر زن اجازه داد و از دنیا رفت و شوهر بعداً اجازه داد، مادر زن و دخترِ زنِ مرحوم، بر او حرام می‌شود.

در مادر زن بحثی نیست و بعید نیست، اما زوجه از کجا دختر دارد او که صغیر بوده است؟ بر فرض هم دختر داشته باشد (ربیبه)، به مجرد ازدواج حرام نمی‌شود بلکه بعد از دخول به ام، حرام می‌شود.

یکی از این دو اشکال بر مبنای کسانی که این زوجیّت را موافق قاعده می‌دانند، قابل جواب است و آن این است که مسأله توسعه داده شد و گفته شد که در ناحیهٔ کبیرین هم می‌آید بنابراین چنین فرض می‌شود که دختر قبلًا ازدواج کرده و دختری دارد و طلاق گرفته (زنی مانده و ربیبه‌ای) فضولی این زن را برای یک مرد کبیر عقد کرده، زن، عقد دوم را اجازه داد و مرحوم شد، شوهر نیز اجازه داد در اینجا هم مادر این زوجه حرام شد و هم، ربیبه موجود است، ولی اشکال دوم (ربیبه به مجرد ازدواج، حرام نمی‌شود، بلکه دخول لازم است) باقی است. مرحوم آقای خوئی با قوّت و قدرت فتوی می‌دهد که «انّ هذا من سهو القلم جزماً». پس بنت زوجه (ربیبه) تصور نمی‌شود، چون فرض مسأله در این است که دخول حاصل نشده است.

ان قلت: ممکن است قبل از اجازه، وطی به شبهه‌ای در اینجا واقع شده باشد، و وطی به شبهه از قبیل عقد است پس دخول حاصل شده است.

قلنا: در این صورت حرمت از ناحیهٔ وطی به شبهه است، ما می‌خواهیم اجازه باعث حرمت شود، نه وطی شبهه، و باید دخول بعد از اجازه باشد، مگر طبق مبنای کشف بگوئیم، آن وقت که وطی شبهه شد، وطی به زوجه بوده است و شاید بعضی از بزرگان که اینجا را حاشیه نزده‌اند، آن را با وطی شبههٔ توأم با مبنای کشف توجیه کرده‌اند.

ان قلت: وقتی اجازه داد، این اقرار به مهر است و بنابراین از باب اقرار باید مهر را بدهد و لو قسم هم نخورد، و حال آنکه بعضی

اشکال می کنند، که اجازه انشاء، و اقرار اخبار است، چگونه اجازه به منزلهٔ اقرار می‌شود؟

قلنا: طبق مبنای کسانی که عقد را مطابق قاعده می‌دانند، گامی در کنار انشاء به دلالت التزامی اخباری وجود دارد، وقتی اجازه کرد، یعنی به دلالت التزام، قبول کرده (قبلتُ به اینکه ذمّه‌اش مدیون این مهر است)، پس به دلالت التزامی انشاء دلالت بر إقرار می کند.

[مسألهٔ ۲۳ الظاهر جریان هــذا الحکم (اجازه و قسم خوردن برای ارث) فی کل مورد، مات مَن لَزِمَ العقد من طرفه و بقی مَن یتوقّف زوجیّته علی اجازته]

اشاره

۷۳ مسئلهٔ ۲۳ (فروعٌ فی الاجازهٔ ...) ۱۹/ ۱۱/ ۷۹

مسألهٔ ۲۳: الظاهر جریان هذا الحکم (اجازه و قسم خوردن برای ارث)

فی کل مورد، مات مَن لَزِمَ العقد من طرفه و بقی مَن یتوقّف زوجیّته علی اجازته، کما اذا زوّج احد الصغیرین الولیّ (یک طرف اصیل باشد)

و زوّج الآخر الفضولی فمات الاوّل (قبل از بلوغ یا بعد از بلوغ)

قبل بلوغ الثانی و اجازته بل لا یبعد جریان الحکم فیما لو کانا کبیرین فاجاز احدهما و مات قبل موت الثانی و اجازته (موت ثانی دخالتی در مسأله ندارد)،

لکنّ الحلف مبنی علی الاحتیاط کالحلف فی بعض الصّور الاخر.

توضیح: این فرع در توضیحات مسئلهٔ ۲۱ تحریر از صاحب مسالك بیان گردید منتهی اضافه‌ای که ایشان دارد این «لکنّ» است که ممکن است در این صورت (فیما لو کانا کبیرین) بگوئیم قسم لازم نیست، حتی در صورت قبل هم بگوئیم قسم لازم نیست، چون حلف خلاف قاعده است و در مورد صغیرین است.

باید توجه داشت که این بحثها طبق مبانی کسانی است که اصل مسأله را اجازه می‌دهند ولی ما تعبداً پذیرفتیم و در اصل مسأله اشکال داشتیم و از آن به فروع دیگر تعدّی نمی کنیم.

ریشهٔ مسأله:

آیا اصل مسئلهٔ صغیرین علی القاعده است یا مخالف قاعده؟

اگر مخالف قاعده بدانیم تعدّی مشکل است و فروع دیگر مسأله هم دردسر دارد و لذا گفتیم تعدّی ممکن نیست، چون یك طرف مرحوم شده و چنین عقدی عقلائی نیست و طرفین عقد باید زنده باشند، امّا اگر گفتیم طبق قاعده است (حتّی اگر روایت هم نباشد طبق مبنای کشف بعد از اجازه عقد درست است)، در این صورت معنایش این است که کبیرین هم مانند صغیرین است. همچنین است جائی که احدهما اصیل باشد (مثل جائی که ولی عقد صغیر را خوانده) و دیگری فضولی باشد، پس کاری به حدیث ندارد، بلکه حدیث أبو عبیده حلف را تحمیل کرده است و چون اصل مسأله و

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۸۸

حدیث موافق قاعده و حلف خلاف قاعده است، لذا فروعی که در متن حدیث است، حلف لازم دارد، امّا فروعی که در حدیث نیست حلف لازم ندارد.

قلنا: بین این قول و قول ما خیلی فاصله است، ما می گفتیم اصل مسأله خلاف قاعده است و قسم تعبدی است، ولی این گروه می گویند که طبق قاعده است و قسم خلاف قاعده است.

بقی هنا شیءٌ:

یکی از آثار، عدّهٔ وفات است، آیا در اینجا عدّهٔ وفات هست؟
مثلًا صغیرین را فضولیّین به عقد هم درآوردند، صغیر اوّل که زوج بود اوّل ماه رمضان بالغ شد و اجازه داد و در نیمه ماه رمضان هم مرحوم شد، زوجه که صغیره بود اوّل ماه شوّال بالغ شد و اجازه داد، آیا عدّهٔ وفات نگه دارد؟ (در عدّهٔ وفات دخول شرط نیست و عدّهٔ وفات، حریم زوجیّت است) و اگر نگه دارد چه مدّت؟ مبدأ عدّه از زمان وفات زوج است (نیمهٔ ماه رمضان) یا از زمان اجازه دادن (اوّل ماه شوّال)؟
قلنا: بنا بر قول به نقل، از روز اجازه باید عدّه نگه دارد (البتّه اصل مسأله که آیا با قول نقل می‌سازد یا نه محلّ بحث است) و امّا بنا بر قول کشف، عدّه از همان زمان مرحوم شدن زوج است. پس عدّه هم یکی از آثار عجیب این مسأله است.

[مسألهٔ ۲۴ (إنّ العقد لازم بالنسبهٔ الی المباشر)]

اشاره

۷۴ مسئلهٔ ۲۴ (إنّ العقد لازم بالنسبهٔ الی المباشر ...) ۲۳/ ۱۱/ ۷۹
مسألهٔ ۲۴: اذا کان العقد فضولیاً من احد الطرفین کان لازماً من طرف الاصیل، فلو کان (اصیل)
هی الزوجهٔ لیس لها أن تتزوّج بالغیر قبل أن یردّ الآخر العقد و یفسخه، و هل یثبت فی حقه تحریم المصاهرهٔ قبل اجازهٔ الآخر و ردّه، فلو کان (اصیل)
زوجاً حَرُمَ علیه نکاح امّ المرأهٔ و بنتها و اختها (اگر اصیل زوج باشد، آیا ازدواج با مادر زن و خواهر زن و دختر زن حرام است؟)
و الخامسهٔ ان کانت هی الرابعهٔ؟ (آیا اگر این نکاح مورد چهارمی باشد، نمی‌تواند پنجمی را عقد کند)
الاحوط ذلک (ای الحرمهٔ)
و ان کان الاقوی خلافه (اقوی عدم حرمت محرّمات بالمصاهره است و احتیاط استحبابی است).

عنوان مسأله:

آیا اگر عقد از یک طرف اصیل و از طرف دیگر فضولی باشد، اصیل باید روی عقد خودش بایستد یا آزاد است و هر کاری خواست انجام می‌دهد، و اگر کاری مخالف کار قبلی انجام داد، کار قبلی باطل می‌شود؟
این مسأله شدیداً محلّ ابتلاست و نظیر آن در غیر فضولی هم هست، مثلًا در ایجاب و قبول اصیلین، که بایع ایجاب کرده و مشتری می‌خواهد فکر کند، در این صورت آیا موجب باید روی ایجابش بایستد یا اگر پشیمان شد می‌تواند به هم بزند؟

اقوال:

اشاره

در مسأله سه قول وجود دارد:

قول اوّل: ترتّب الآثار من طرف الاصیل

اصیل که ایجاب می کند، تمام آثار از ناحیهٔ او مترتّب می‌شود و باید منتظر بماند، به عبارهٔ دیگر عقد از ناحیهٔ او لازم است.

از کسانی که این قول را پذیرفته‌اند محقق ثانی و مرحوم کاشف اللّثام است، مرحوم کاشف اللّثام می‌فرماید:

«و لو تولّی الفضولی احد طرفی العقد و باشر الآخر بنفسه أو ولیّه او وکیله ثبت فی حق المباشر تحریم المصاهرهٔ الی ان یتبیّن عدم اجازهٔ الآخر، لتمامیّهٔ العقد بالنسبهٔ الیه، فإن کان زوجاً حرم علیه الخامسهٔ و الاخت بلا اشکال» «۱» (شاهد در این قسمت است).

ایشان در آخر کلامشان می‌فرمایند «اگر فضولی فسخ کرد، همه چیز به هم می‌خورد ولی مادر زن ممکن است تا آخر حرام باشد (حرمت ابدی)»، (هذا من عجائب الکلام).

محقّق ثانی می‌فرماید: «انّ العقد لازم بالنسبهٔ الی المباشر» «۲».

همچنین مرحوم شیخ انصاری در مکاسب به این قول تمایل دارد. در بین معاصرین هم از جمله کسانی که این قول را انتخاب کرده‌اند، سید عبد الاعلی سبزواری است. ایشان با صراحت می گوید:

«عقد از ناحیهٔ مباشر لازم است «۳»».

قول دوم: عدم ترتّب الآثار من طرف الاصیل

صاحب عروه می‌فرماید تا اجازهٔ دوّمی نیاید، هیچ اثری از ناحیهٔ اصیل جاری نمی‌شود و عقد کامل نمی‌شود، مگر در صورتی که اصیل علم دارد که اجازه بعداً خواهد آمد و قائل به کشف هم باشیم (که از حین عقد، عقد حاصل است) پس اگر یقین به اجازه نداشته باشد و یا اینکه به مبنای نقل قائل باشیم، در این صورت اثری مترتّب نمی‌شود «۴»

---

(۱) کشف اللّثام، ج ۲، ص ۲۳.

(۲) جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۱۵۹.

(۳) مهذّب الاحکام، ج ۲۴، ص ۲۹۴.

(۴) عروه، ج ۲، ص ۸۷۴، مسئلهٔ ۳۲.

از کسانی که این قول را پذیرفته‌اند، آقای خوئی «۱» است، ایشان می‌فرماید:

«در صورتی که کشف حقیقی را هم قائل باشیم اصیل می‌تواند عقد را به هم بزند، زیرا بر مبنای کسانی که قائل به کشف هستند، باید بین ایجاب و قبول کار خلافی انجام نشود»، پس ایشان استثنای صاحب عروه را نمی‌پذیرد.

قول سوم: التفصیل بین الزوج و الزوجهٔ

تحریر الوسیله بین زوج و زوجه فرق می گذارد، یعنی اگر زوجه باشد باید صبر کند و اگر زوج باشد می‌تواند مخالفت کند.

سؤال: بین زوج و زوجه چه فرقی است؟

جواب: ریشهٔ اصلی مسأله یک نکته است که اگر حل شود، جواب مسأله روشن است و آن این است که «هل ینحّل عقد الزواج الی شیئین مستقلّین أم لا؟» اگر قائل شویم که عقد ازدواج منحلّ به دو چیز می‌شود (ایجاب طرف اول و قبول طرف دوم) هر کدام از اینها باید به سهم خودش ملتزم باشد؛ ولی اگر گفتیم که انحلالی نیست و عقد به معنی گره است و هر دو یک چیز است، در این صورت هیچ کاری انجام نشده و همان گونه که فضولی آزاد است، به همان اندازه هم اصیل آزاد است (هم در ایجاب و قبول

اصیلین و هم در موردی که احد طرفین فضولی است).

[نظر استاد]

قلنا: وقتی به عرف رجوع کنیم، واضح است که قرارداد، بین دو نفر است و ازدواج مثل طلاق و یا نذر، کار یک نفره نیست، بلکه مانند بیع، اجاره، هبه و صلح و ... کار دو نفره است و تا دو نفر به میدان نیایند چیزی انجام نشده است.

آقای سبزواری بعد از اختیار قول اوّل (که هر کدام مستقل است) عبارتی دارد که مضمونش چنین است: هر کدام منحل می‌شود به یک التزام مستقل که‌یشبه الایقاع‌یعنی عقد نکاح، هم ایقاع است و هم عقد، (کل واحد ایقاع است و روی هم عقد است).

قلنا: این تناقض است اگر ایقاع است کار یک نفره است و اگر عقد است کار دو نفره است و نمی‌شود که هم کار یک نفره باشد و هم کار دو نفره.

۷۵ ادامهٔ مسئلهٔ ۲۴ ... ۲۴/ ۱۱/ ۷۹

یرد علی هذه الکلمات:

اوّلًا: عقد نکاح به مقتضای طبیعتش‌امرٌ مشترک بین الاثنین، (کلمهٔ زوجیّت به معنی جفت است یعنی امرٌ بین اثنین) فان تمّ من الجانبین فهوو الّا هیچ کاری انجام نشده است، مثل مبایعه و یا مصالحه ...، پس عقد، ربط التزام به التزام است و تا دو طرف انجام نشود، هیچ چیزی نیست.

ثانیاً: اگر التزام اصیل را لازم الوفاء بدانیم باید همهٔ آثار را مترتب کنیم، و فقط ترتّب آثاری مثل ازدواج با مادرزن و خواهر زن... درست نیست و اگر آثار مترتّب است، باید همهٔ آثار مترتّب شود، مثلًا مهر را هم بدهد، البتّه احدی به این قول قائل نشده که تا مادامی‌که قبول نیامده است مهریّه را بدهد، پس تفکیک بین آثار جایز نیست. در باب بیع نیز تا زمانی که مشتری قبول نکرده است، ثمن را نمی‌پردازند.

قلنا: در این مسأله فرقی بین قول نقل و کشف به هر سه قسمش، (حقیقی، حکمی، انقلابی) نیست.

کشف حقیقی: از همان ابتداء که عقد انشاء آمد، اثر می‌کند و عقد مؤثّر است و اجازه علامت و کاشف است، بر اینکه از حین عقد کامل بوده است (کشف حقیقی معنی ندارد چون کشف حقیقی یعنی اجازه، هیچ کاره است و جزء مؤثّر نیست).

کشف حکمی: از ابتداء عقدی نبوده است و تعبّداً آثار را به امروز بار می‌کنیم، یعنی واقعاً عقد نبوده ولی در حکم بودن است.

کشف انقلابی: یعنی ابتداء عقد نبود ولی امروز که اجازه آمد، آن را عوض می‌کند. معروف این است که الواقع لا ـ ینقلب، امّا می‌گویند امور اعتباریّه ممکن است منقلب شود، یعنی دیروز عقدی واقع شد و واقعاً اثر نکرد، و امروز صحنهٔ دیروز منقلب شد.

پس در ما نحن فیه که ما می‌گوئیم اثری مترتّب نمی‌شود و اصیل آزاد است، قول به نقل و قول به کشف به هر سه قسمش تفاوت نمی‌کند، چون کسی که قائل به کشف است، مشروط می‌کند به این که بین عمل اصیل و اجازه منافیاتی انجام نشود مثلًا ازدواج با خواهر این زن نکرده باشد (قول آقای خوئی).

نتیجه: بدون شک و تردید (عکس آن چه که مرحوم کاشف اللثام فرمود) اصیل هیچ تعهّدی ندارد، چون عقد باید حاصل شود، و تعجّب است که در اینجا فضولی را مؤثّر بدانیم، ولی رکن اصلی که اجازه است نادیده بگیریم. بنابراین اصیل تمام منافیات را می‌تواند انجام دهد و حتّی می‌تواند فسخ کند. البتّه تعبیر به فسخ تعبیر مسامحی است و بهتر است بگوئیم می‌تواند «صحت تأهّلی ایجاب» را به هم بزند، یا با قول یا با فعل و حتی می‌تواند دختر این زن را هم

---

(۱) مستند العروة (کتاب النکاح)، ج ۲، ص ۳۴۴.

کتاب النكاح (مكارم)، ج۲، ص: ۹۰

بگیرد.

ان قلت: چرا دختر زن حرام شود و حال آن که تا دخول حاصل نشود، دختر زن حرام نمی‌شود، بله در حرمت در ناحیهٔ مادرزن و خواهر زن دخول شرط نیست.

قلنا: دختر زن دو رقم حرمت دارد، یک رقم حرمت ابدی که با دخول حاصل می‌شود و امّا یک حرمت جمع بین مادر و دختر است فی عقد واحد او فی عقدین، که این هم حرام است. پس آنهائی که قبول کرده‌اند و دختر زن را هم اضافه کرده‌اند، معتقدند که دختر زن از باب جمع حرام است.

امّا توجیهی که برای قول ثالث که فرق بین زوج و زوجه است (در ناحیهٔ زوج قائل شویم که لازم نیست وفادار باشد، ولی اگر زوجه اصیل باشد باید وفادار بماند و شوهر نکند) نیافتیم، چون طبق ریشهٔ مسأله زوجه و زوج فرقی نمی‌کند و نمی‌شود که در یک طرف (زوجه اصیل باشد) انحلالی باشیم و در طرف دیگر (زوج اصیل باشد) انحلالی نباشیم.

نکته: بعضی گفته‌اند که یک کلمه ممکن است در عبارت غلط باشد و آن اینکه بگوئیم «لیس» در عبارت تحریر «هل» بوده است «هل لها ان تتزوّج بالغیر » ... در این صورت اشکال رفع می‌شود خصوصاً که تحریر به ترتیب عروه است (عروه مسئلهٔ ۳۲) و لذا چون هیچ راه حلّی نیست، می‌گوئیم نسخه اشتباه است و عبارت غلط است.

ان قلت: در توجیهی که برای کلام امام در مسئلهٔ ۲۴ بیان کردید گفتید به جای «لیس» کلمهٔ «هل» باشد، در این صورت قسمت قبلی کلام را چگونه توجیه می‌کنید که امام می‌فرماید «اذا کان العقد فضولیاً من احد الطرفین کان لازماً».

قلنا: در این صورت «هل» را بر سر «کان» در می‌آوریم که با فتوای ایشان در حاشیهٔ عروه سازگار است.

۷۶ مسئلهٔ ۲۵ (لو ردّ معقود له صار العقد كأنّه لم یقع ...) ۲۵/ ۱۱/ ۷۹

بقی هنا امورٌ:

الامر الاوّل: آیا می‌توان گفت که از صحیحهٔ «أبو عبیدهٔ حذّاء» «۱»، این حکم (وفادار بودن اصیل) استفاده شده است،

و لو عدّه‌ای سراغ قاعده رفته‌اند و توجّهی به روایت نکرده‌اند، ولی بگوئیم از روایت تأثیر پذیرفته‌اند چون در روایت، امام می‌فرماید ...: یعزل میراثها منه حتّی تدرک.

چرا میراث را کنار می‌گذارند؟ برای اینکه شوهر کبیر شده و اجازه داده است و شبیه اصیل است، پس اگر قبل از آمدن اجازهٔ دومی، میراث را کنار می‌گذارند، باید آثار دیگر هم مترتب شود و از مسئلهٔ فضولی باید به اصیل بیائیم، زیرا فضولیِ اجازه داده شده، مثل اصیل است، و اگر برای استدلال، سراغ این روایت بروند بهتر است.

قلنا: اوّلًا: سلّمنا که روایت دلالت داشته باشد، ولی روایت أبو عبیده تعبّدی است و فقط به موردش (میراث) عمل می‌کنیم و نمی‌توانیم از آن به غیر میراث تعدّی کنیم.

ثانیاً: روایت می‌فرماید میراث ملک او نیست، بلکه از باب احتیاط کنار گذاشته می‌شود و ملکیّت حاصل نمی‌شود، پس از روایت، حرمت محرّمات مصاهرهٔ استفاده نمی‌شود.

اللّهم الّا ان یقال: در مورد محرّمات مصاهرهٔ هم بگوئیم از باب احتیاط است، که با ضمیمهٔ دو مقدّمه درست می‌شود، اوّلًاتعدّی از مورد روایت را جایز بدانیم، ثانیاًآثار احتیاطاً مترتّب باشد (البتّه این خلاف ظاهر اصحاب است، چون اصحاب صریحاً می‌گویند حرام است و احتیاط نمی‌کنند). پس به این حدیث نمی‌توان استدلال کرد چوناوّلًاحدیث اشکال دارد، ثانیاًتعدّی جایز نیست

وثالثاًحدیث از باب احتیاط است نه فتوی.

نکته: این حدیث عکس قول ثالث است، حدیث می‌گوید اگر زوج اجازه داد و فوت کرد آثار مترتّب می‌شود و صحبتی از زوجه نیست، در حالی که قول سوّم که در متن تحریر آمده است، می‌گوید اگر زوجه اصیل باشد، نباید شوهر کند و آثار مترتّب است، با توجه به این نکته، این فکر تقویت می‌شود که عبارت تحریر غلط است، از جمله چیزهائی که شاهد بر غلط بودن عبارت تحریر است، این است که امام در حاشیهٔ عروه قول صاحب عروه (قول دوم) را قبول کرده است، حتّی استثنائی که صاحب عروه کرده بود (که اگر بداند که اجازه بعداً خواهد آمد) این استثنا را امام نپذیرفته است.

الامر الثّانی: اگر قائل به قول اوّل (ترتّب آثار) شدیم، تا چه زمانی باید صبر کند؟

اگر در این مدّت متضرّر شد چه کند؟

قلنا: تا زمانی که ضرری دامنش را نمی‌گیرد صبر کند، اگر ضرری بیاید قاعدهٔ لا ضرر جلوی ترتّب آثار را می‌گیرد. (لا ضرر هم نفی و هم اثبات خیار می‌کند).

---

(۱) ح ۱، باب ۱۱ از ابواب میراث ازواج.

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۹۱

الامر الثالث: آیا این مسأله منحصر به جائی است که یکی اصیل باشد و دیگری فضولی،

یا اگر هر دو فضولی بودند و یکی اجازه داد (شبیه صحیحهٔ أبو عبیده که وقتی اجازه داد، شبیه اصیل است)، این را هم شامل می‌شود؟

قلنا: در اینجا نیز همان بحثها می‌آید.

[مسألة ۲۵: إن ردّ المعقود له أو المعقود لها العقد الواقع فضولًا صار العقد کانّه لم یقع]

اشاره

مسألة ۲۵: إن ردّ المعقود له أو المعقود لها العقد الواقع فضولًا صار العقد کانّه لم یقع، سواء کان العقد فضولیاً من الطّرفین و ردّاه معاً أو ردّه احدهما، بل و لو اجاز احدهما و ردّ الآخر، أو من طرف واحد و ردّ ذلک الطرف فتحلّ المعقود لها علی اب المعقود له و ابنه و تحلّ بنتها و امّها علی المعقود له.

عنوان مسأله:

این مسأله فرعی از مسئلهٔ ۲۴ است و حاصل مسأله این است که اگر اوّلی اصیل بود و دوّمی فضولی و اجازه نداد، با نفی دوّمی تمام آثار التزام از طرف اوّل (اصیل) برچیده می‌شود.

مرحوم سید در عروه در مسئلهٔ ۳۳ این مسأله را بیان می‌کند.

در این مسأله اختلافی نیست (جز یک مورد)، حتّی از عبارت صاحب جواهر استفاده می‌شود که محو آثار از ضروریات است و از قضایائی است که قیاساتها معها، وقتی عقدی انجام نشده، چرا اثر مترتّب شود. حتّی کسانی که می‌گویند مثل ایقاع است، شرط

می کنند که طرف دیگر رد نکند، و اگر دوّمی رد کند تمام آثار از بین می‌رود.

دلیل: صحیحهٔ أبو عبیده حذّاء

اوّلًاچون صدر روایت می‌فرماید:

«ایّهما ادرک کان له الخیار»

اختیار دارد یعنی می‌توانـد به هم بزنـد و اگر به هم بزنـد چیزی باقی نمی‌مانـد و همه چیز منتفی می‌شود. ثانیاًجملـهٔ دیگر روایت این است که

«فَان ماتا قبل ان یدرکا فلا میراث بینهما و لا مهراً»

ظاهر روایت این است که اگر هر دو بمیرند، ولی اگر یکی هم بمیرد همین حکم را دارد، پس از این جمله می‌توان استفاده کرد که اگر ردّی هم واقع شد، آثار منتفی می‌شود.

بقی هنا شیء:

از بعضـی از عبارات قواعـد اسـتفاده می‌شود که اگر اصـیل مرد باشـد و زن رد کند، در اینجا همهٔ محرمات بر این مرد حلال است و فقط مادر زن حرام است و به حرمت خود باقی می‌ماند. در اینجا مرحوم کاشف اللّثام (شرح قواعد علّامه) توجیهی دارد و می‌فرماید: این مسأله مبتنی بر این است که فسخ را من الحین (حین الفسخ) بدانیم یا فسخ را از روز عقد بدانیم (مثلًا اصیل روز شنبه عقد کرده، فضولی روز یکشـنبه رد می کند، آیا این رد از روز شـنبه اثر می کند یا از روز یکشـنبه، اگر گفتیم از روز شنبه اثر می کند، بنیان عقد به هم می‌خورد، ولی اگر گفتیم از روز یکشنبه به هم می‌خورد در این صورت گوئی عقد بوده و حرمت مادرزن هم آمده است).

قلنـا: اوّلًـا: اینجـا فسـخ نیست، و در معاملات هم مسـلّم است که فسـخ، من حین الفسـخ است و در اینجا اصـلًا معامله صورت نگرفته است، نه اینکه معامله‌ای هست و فسخ می کند، پس قیاس اینجا به فسخ در معاملات قیاس مع الفارق است.

ثانیاً: باید پدر و یا پسر این زوج هم بر این زن حرام باشد، زیرا فرقی بین اینها نیست و همهٔ اینها باید حرام باشد و حال آن که احدی این را نگفته است.

۷۷ مسئلهٔ ۲۶ (انْ زوّج الفضولی امرأة ...) ... ۲۶/ ۱۱/ ۷۹

بقی هنا شیء آخر:

مرحوم صاحب عروه «۱» در جواب علّامه در قواعـد و کاشف اللّثام (که کلام علامه را توجیه می کند و می گوید حتی بعد از رد هم امّ الزوجه حرام است) دو اشکال وارد می کنند:

اشکال اوّل: وقتی عقد حاصل نشده است نه ام الزوجه حرام است و نه بنت الزوجه، (این همان اشکالی است که سابقاً ذکر کردیم).

اشکال دوم: ما الفرق بین امّ الزوجه و بنت الزوجه اگر امّ الزوجه حرام است، بنت الزوجه هم حرام است (جواب نقضی).

مرحوم آیهٔ اللّه خوئی به این جواب نقضیِ صاحب عروه اشکال می کند و می گوید سرچشمهٔ حرمت بنت الزّوجه دو چیز است، اوّل: زمـانی که دخـول به ام شـده باشـد که در مـا نحن فیه نیست، دوم: جمـع بین أمّ و بنت است و این جمع هم منتفی است، چون وقـتی مادر اجازه داده نشـد و عقـدش سـر نگرفت، دیگر جمع نیست و این غیر از ام الزوجه است، چون درام الزوجه عقـد که خوانده شد، حرمت می‌آید. (طبق قول کسی که می گوید عقد اصیل هم برای حرمت کافی است)، پس قیاس این دو به هم جایز نیست.

قلنا: بهتر بود که صاحب عروه به جای بنت، اب و ابن زوج را می گفت و این نقض را وارد می کرد. ولی آقای خوئی در لابلای

(۱) عروه، مسئلهٔ ۳۳.

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۹۲

کلامش به صورت جملهٔ معترضه مطلبی دارد که می‌گوید جمع بین بنت وام را حرام نمی‌دانیم در عین اینکه مشهور قائل به حرمت هستند، این کلام خیلی عجیب است:

«لأنّ الموجب لحرمهٔ البنت ینحصر فی احد امرین: الدخول بالام أو الجمع بینهما فی الزوجیهٔ علی ما اختاره المشهور و إن لم نرتضه «...۱» »

اگر کسی جمع کرد بین مادر و دختر، در عقد واحد، آیا هر دو عقد صحیح می‌شود؟ خیر، جایز نیست و عدم جواز از جهت جمع بین مادر و دختر است نه به این جهت که مادرزن را نمی‌توان عقد کرد و عقد باطل است.

[مسألهٔ ۲۶: انْ زوّج الفضولی امرأهً برجل من دون اطّلاعها و تزوّجت هی برجل آخر]

اشاره

مسألهٔ ۲۶: انْ زوّج الفضولی امرأهً برجل من دون اطّلاعها و تزوّجت هی برجل آخر، صحّ الثانی و لزم و لم یبق محلّ لاجازهٔ الاوّل، (چون شرایط جمع است و مانعی از صحّت نیست)

و کذا لو زوّج الفضولی رجلًا بامرأهٔ من دون اطّلاعه و زوّج هو بامّها أو بنتها ثمّ عَلِمَ.

عنوان مسأله:

اگر مردی خبر نداشت که فضولی عقد دختری را برای او خوانده است و پیش از باخبر شدن، مادرِ دختر را عقد کرد، در اینجا دیگر جائی برای عقد فضولی نیست، و یا بالعکس اگر فضولی زن را به عقد کسی درآورد و زن بدون خبر با مرد دیگری ازدواج کرد، در اینجا نیز جائی برای عقد فضولی نیست، چون موضوع از بین رفته است.

پس زوج و زوجه‌ای که با فضولی عقد شده‌اند، اگر کار منافی انجام دهند، دیگر محلّی برای فضولی باقی نمی‌ماند.

جمع‌بندی:

عقد فضولی به سه وسیله از کار می‌افتد و اثری ندارد:

۱- ردّ لفظی.

۲- ردّ عملی، مثل آنجائی که باخبر شد و عالماً با مادر دختر ازدواج کرد، یا دختر با شوهر دیگر ازدواج کرد، که معنایش عدم قبول فضولی است.

۳- ایجاد مانع و لو نداند، یعنی موضوع منتفی شود و دیگر جائی برای عقد فضولی نمی‌ماند.

دلیل:

دلیل اینها از باب قضایا قیاساتها معها است.

نکته: بعضی تصوّر کرده‌اند که طبق مبنای کشف و نقل، مسأله فرق می‌کند، یعنی اگر قائل به نقل باشیم مسأله روشن است، چون وقتی اجازه بیاید، جائی برای اجازهٔ فضولی نیست، ولی طبق مبنای کشف گفته‌اند که چون عقد فضولی قبلًا بوده است و عقد اصیل

از ناحیهٔ خودش بعداً آمده است و وقتی اجازه داد، سبب می‌شود که عقد فضولیِ قبلی درست شود و زمینه‌های عقد اصیل (عقد خودش) از بین برود.

قلنا: اجازهٔ فضولی وقتی صحیح است که فعل ضدّی قبلًا نیامده باشد (بین عقد فضولی و اجازه) ولی در اینجا فعل ضد آمده است، و وقتی هنوز اجازه درست نشده باشد، چگونه کاشف است، پس کشف و نقل در این مسأله تفاوت نمی‌کند.

[مسألهٔ ۲۷: لو زوّج فضولیّان امرأهٔ کل منهما برجل کانت بالخیار فی إجازهٔ ایّهما شاءت و ان شاءت ردّتهما]

اشاره

۷۸ مسألهٔ ۲۷ (لو زوّج فضولیان ...) ... ۲۹/ ۱۱/ ۷۹

مسألهٔ ۲۷: لو زوّج فضولیّان امرأهٔ کل منهما برجل کانت بالخیار فی إجازهٔ ایّهما شاءت و ان شاءت ردّتهما، سواء تقارن العقدان أو تقدّم احدهما علی الآخر و کذلک الحال فیما اذا زوّج احد الفضولیین رجلًا بامرأهٍ و الآخر بامّها او بنتها او اختِها فانّ له اجازهٔ ایّهما شاء.

عنوان مسأله:

اگر دو فضولی در دو زمان با هم عقدی را بر زنی بخوانند، زن بعد از اطّلاع، مخیّر است هرکدام را که خواست، بپذیرد و می‌تواند هر دو را رد کند. در ناحیهٔ زوج هم همین است، اگر دو فضولی دو عقد متضادّ برای او خواندند، (یکی مادر و دیگری دختر مادر را) در اینجا هر کدام را که خواست، اجازه می‌کند و یا هر دو را رد می‌کند.

ادلّه:

دلیل این مسأله همان قضایا قیاساتها معها است. قاعده می‌گوید عقد فضولی ناقص است (صحّت تأهّلی دارد) جزء اخیر علّت تامّه (که عمده هم همین جزء است) اجازهٔ مالک العقد است، اگر اجازه به عقد اوّل بخورد عقد اوّل تام است و اگر به دوّمی بخورد عقد دوم تام است و اگر به هیچ یک نخورد، هر دو عقد ناقص است و در اینجا فرض ما این است که دو عقد متضادّ است (نه زن می‌تواند دو شوهر کند و نه مرد می‌تواند با مادر و دختر همزمان ازدواج کند) پس این مسأله واضح است.

از احادیث هم گاهی می‌توان این مسأله را استفاده کرد، مثلًا روایت «ابن بزیع» از امام رضا علیه السلام، که سند حدیث قوی است؛ ولی ظاهراً این حدیث مرسله است چون در صدر روایت دارد...

سأله

---

(۱) مستند عروه، جلد دوم از کتاب النکاح، ص ۳۵۰.

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۹۳

رجل،

امّا در چنین مواردی که می‌دانیم راوی از اصحاب خاصّ کدام یک از ائمّه علیه السلام است، مرسله بودن آن ضرر نمی‌زند. در اینجا ابن بزیع از اصحاب خاصّ امام رضا علیه السلام است.

...* عن محمّد بن اسماعیل ابن بزیع قال: سأله رجلٌ عن رجل مات و ترک اخوین و ابنهٔ و البنت صغیرهٔ فعمد احد الاخوین الوصی

فزوّج الابنة من ابنه ثم مات ابو الابن المزوّج، فلمّا أن مات قال الآخر:

أخی لم یزوّج ابنه فزوّج الجاریة من ابنه، فقیل للجاریة ایّ الزوجین احبّ الیک الاوّل أو الآخر؟ قالت: الآخر،

(تا اینجا عین مسألهٔ ما است، امّا غافل از اینکه ذیل حدیث جمله‌ای دارد که بحث ما را به هم می‌زند)

ثم انّ الاخ الثانی مات و للاخ الاوّل ابن اکبر من الابن المزوّج، فقال للجاریة: اختاری ایّهما احبّ الیک الزوج الاوّل أو الزوج الآخر، فقال: الروایة فیها

(چه کسی این جمله را گفت، آیا امام یا ابن بزیع؟)

أنّها للزوج الاخیر، و ذلک انّها قد کانت ادرکت حین زوّجها

(چون عقد دوم که واقع شد بالغه بود)

و لیس لها أن تنقض ما عقدته بعد ادراکها «۱».

ما با توجّه به صدر روایت فکر می‌کردیم که هر دو عقد فضولی است؛ ولی ذیل روایت می‌گوید که دومی اصیل است، چون دختر بالغ شده بود. در اینجا حدیث از بحث ما خارج می‌شود و مربوط به مسئلهٔ ۲۶ است، پس اگر چه حدیث به حسب سند قوی است؛ ولی به حسب دلالت ضعیف است، چون صدر آن فضولیین است ولی ذیلش صراحتاً می‌گوید که یکی از دو عقد فضولی بوده و دیگری اصیل است.

[مسألهٔ ۲۸: لو وکّلت زوجه رجلین فی تزویجها فزوّجها کلٌّ منهما برجلٍ]

اشاره

۷۹ مسئلهٔ ۲۸ (لو وکّلت رجلین فی تزویجها ...) ... ۳۰/ ۱۱/ ۷۹

مسألهٔ ۲۸: لو وکّلت (زوجه)

رجلین فی تزویجها فزوّجها کلٌّ منهما برجلٍ، فان سبق احدهما صحّ و لغا الآخر (هر دو معلوم التاریخ و سابق و لاحق هم معلوم است)

، و ان تقارنا بطلا معاً (این فرض، فرد نادر است)

، و ان لم یُعلم الحال فان علم تاریخ احدهما حکم بصحّته دون الآخر (به مقتضای استصحاب، یعنی استصحاب می‌کنیم که دومی نیامده است)

، و ان جُهل تاریخهما فان احتمل تقارنهما حکم ببطلانهما فی حق کل من الزوجة و الزّوجین، و ان عُلم عدم التقارن فیعلم اجمالًا بصحّة احد العقدین و تکون المرأة زوجةً لاحد الرجلین و اجنبیّة عن احدهما، فلیس للزوجة أن تتزوّج بغیرهما، و لا للغیر ان یتزوّج بها، لکونها ذات بعلٍ قطعاً، و امّا حالها بالنسبة الی الزوجین و حالهما بالنسبة الیها فالاولی أن یطلّقاها و یجدّد النکاح علیها احدهما برضاها، و ان تعاسرا (سخت‌گیری کردند)

و کان فی التوقّف الی ان یظهر الحال عسرٌ و حرج علی الزوجة او لا یُرجی ظهور الحال، فالمتّجه تعیین الزوج منهما بالقرعة، فیحکم بزوجیّة من وقعت علیه.

این مسأله بر خلاف بعضی از مسائل قبلی، مسئله‌ای ریشه‌دار و قدیمی است و از زمان معصومین علیه السلام بین شیعه و اهل سنّت مطرح بوده است.

عنوان مسأله:

دو نفر از طرف زوجه وکیل هستند، وکیل اوّل زن را به عقد زید درآورد، و کیل دوم هم بی‌خبر، زن را به عقد عمرو درآورد، کدام یک از این دو عقد صحیح است؟

صور مسأله:

اشاره

مسأله ۵ صورت دارد و مرحوم علّامه در تذکره این وجوه را بیان کرده است که عمده صورت پنجم است:

۱- هر دو معلوم التّاریخ و می‌دانیم یکی از دو عقد، قبل از دیگری بوده است (وکیل شمارهٔ ۱ روز شنبه و وکیل شمارهٔ ۲، روز یکشنبه عقد را خوانده‌اند)، در این صورت وکالت وکیل دوّم باطل است، زیرا موضوع منتفی شده است.

۲- هر دو معلوم التاریخ و هر دو متقارن و در آنِ واحد باشد (این فرض بعید است) در اینجا نیز تکلیف روشن و هر دو باطل است چون جمع بین هر دو ممکن نیست و ترجیح یکی بر دیگری، ترجیح بلامرجّح است.

۳- احدهما معلوم التاریخ و نمی‌دانیم کدامیک بر دیگری مقدم بوده است.

۴- هر دو مجهول التاریخ و احتمال می‌دهیم مقارن بوده باشند.

۵- هر دو مجهول التاریخ و نمی‌دانیم کدامیک بر دیگری مقدّم بوده است.

صورت اوّل: هر دو معلوم التاریخ هستند و سابق و لاحق هم معلوم است،

اشاره

مشهور و معروف، صحّت عقد اوّل است؛ ولی از بعضی از عبارات استفاده می‌شود که مخالف هم در مسأله وجود دارد.

مشهور در میان اهل سنّت هم صحّت عقد اوّل است، آن گونه که علّامه در تذکره نقل می‌کند:

«و به قال الشافعی و ابو حنیفه و احمد و هو قول حسن البصری

---

(۱) ح ۱، باب ۸ از ابواب عقد نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۹۴

و جماعةٌ اخری» «۱».

مرحوم علّامه از مبسوط حکایت می‌کند، که ایشان یک صورت را استثنا کرده و آن را اختلافی دانسته است و آن موردی است که بعد از دخول به دوّمی، مطّلع شد که عقدی جلوتر واقع شده است، در خصوص این مورد گفته‌اند که عقد دوّم صحیح است. «انّ فیه خلافاً (در خصوص این استثنا) و انّه روی اصحابنا انّ العقد له (دومی) و هو المحکی عن مالك و هو قول عمر: اذا انکح الولیّان فالاوّل احق ما لم یدخل بها الثانی (قول عمر است ولی اهل تسنن آن را به عنوان روایت نقل می‌کنند)».

قلنا: مختار ما در مسأله، قول مشهور است.

ادلّهٔ قول مشهور:

۱- قاعده:

وکیل اوّل عقد جامع شرایط انجام داده است، پس مؤثّر است و وکیل دوم با مانع برخورد می‌کند. به عبارت دیگر زن ذات بعل است و نمی‌توان آن را دوباره به عقد کسی درآورد و اگر عالماً دخولی از طرف دوّمی صورت گیرد، زنا، و اگر جاهلًا باشد، وطی به شبهه است و احکام خاصّ خود را دارد، پس دخول هیچ تأثیری ندارد.

۲- روایت:

روایت محمّد بن قیس و چون یک روایت است و متضافر نیست، از سند آن بحث می‌کنیم:

* محمّد بن یعقوب، عن علی ابن ابراهیم، عن أبیه

(ابراهیم بن هاشم که ثقه است)

، عن ابن ابی نجران

(که ثقه و معتبر است)

، عن عاصم بن حمید

(از ثقات)

، عن محمّد بن قیس

(از اصحاب امام باقر علیه السلام و از ثقات)

عن ابی جعفر علیه السلام قال: قضی امیر المؤمنین علیه السلام فی امرأة انکحها اخوها رجلا ثم انکحتها امّها بعد ذلک رجلًا و خالها أو أخٌ لها صغیر

(در مقابل برادر اوّل کوچکتر بوده است، نه اینکه صغیر باشد)

فدُخِلَ بها فحبلت فاحتکما فیها فأقام الاوّل الشهود

(شاهد بر اینکه او جلوتر بوده است)

فألحقها بالاوّل و جعل لها الصِّداقین جمیعاً

(اوّلی چون شوهر است و دومی هم چون وطی به شبهه است)

و منع زوجها الّذی حَقَّت له أن یدخل بها حتّی تضع حملها

(چون وطی به شبهه عدّه دارد)

ثم الحق الولد بابیه «۲».

ان قلت: در این روایت ندارد که اینها وکیل بودند و شما هم ولایتی برای اخ و ام و خال قائل نیستید؟

قلنا: قرینه داریم که اینها وکیل هستند، چون صحبتی از اجازهٔ فضولی در روایت نیست و کأنّ احتیاجی به اجازه نبوده و وکالت داشته‌اند.

دلیل قول شاذ: روایت

دلیل قول شاذ که گفته‌اند در صورتی که دخول حاصل شده عقد برای دومی است روایت است:

الف) بعض عامّه که به این قول، قائل شده‌اند، استدلالشان به قول عمر است «اذا انکح الولیّان فالاوّل احقّ ما لم یدخل بها الثانی».

ب) شیعه به روایتی استدلال کرده که سندش خوب است جز ولید بیّاع الاسقاط که این شخص مجهول الحال است، بنابراین سند حدیث ضعیف است.

...* عن ولید بیّاع الاسقاط قال: سئل أبا عبد اللّه علیه السلام و انا عنده عن جاریهٔ کان لها اخوان زوّجها الاکبر بالکوفهٔ، و زوّجها الاصغر بارض اخری، قال: الاوّل بها اولی الّا ان یکون الآخر قد دخل بها فهی امرأته و نکاحه جایز. «۳»

(آیا مراد از اوّل، برادر اوّل است یا عقد اوّل و شوهر اوّل؟ ظاهراً اشاره به همان عقد اوّلی است).

قلنا: اوّلًا: از ناحیهٔ مشهور معرضٌ عنها است و حمل بر تقیّه هم مجرائی ندارد چون اکثریت عامّه با آن مخالف هستند.

ثانیاً: از نظر دلالت هم مسلّم نیست، چون قابل حمل بر عقد فضولی است، چرا که‌الولد الاکبر بمنزلهٔ الاب‌پس بهتر است از او اجازه بگیرد و اوّلی را اجازه دهد، ولی دوّمی را که اجازه داده است به جهت دخول است و در روایت قبل «۴» چون صحبت برادر بزرگ و کوچک نبود، لذا حمل بر فضولی نشد، ولی در اینجا به جهت وجود برادر بزرگتر و کوچکتر قابل حمل بر فضولی هست.

نتیجه: روایتی که در اینجا برای قول دوم اقامه شده، هم از نظر سند ضعیف است و هم از نظر دلالت مشکل دارد، بعلاوه معرضٌ معرضٌ‌عنهای اصحاب هم هست.

۸۰ ادامهٔ مسئلهٔ ۲۸ ... ۱/ ۱۲/ ۷۹

صورت دوّم: هر دو عقد معلوم التاریخ و وکیلین مقارن هم عقد خوانده‌اند.

حکم مسأله:

اذا تقارنا محکوم بالفسادو ظاهراً مشهور قائل به فساد عقدین هستند، چون یا هر دو باید صحیح باشد یا احدهما و یا هیچ کدام،

---

(۱) تذکرهٔ، ج ۲، ص ۵۹۷ چاپ قدیم.

(۲) ح ۲، باب ۷ از ابواب عقد نکاح.

(۳) ح ۴، باب ۷ از ابواب عقد نکاح.

(۴) ح ۲، باب ۷ از ابواب عقد نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۹۵

هر دو صحیح باشد محال است، چون یک زن، دو شوهر نمی‌تواند داشته باشد و اگر احدهما صحیح باشد، ترجیح بلامرجّح است و تنها احتمال سوّم باقی می‌ماند که هر دو فاسد است.

در اینجا بعضی احتمال داده‌اند که باید متوسّل به قرعه شویم، و زوج واقعی را با قرعه تعیین کنیم. ولی توسّل به قرعه در اینجا صحیح نیست، نه به خاطر اینکه واقع مجهولی در کار نیست، بلکه به این جهت که مشکلی نداریم، چون قواعد می‌گوید هر دو فاسد است.

توضیح ذلک:

قرعه دو رقم است:

۱- واقع مجهولی داریم و می‌خواهیم آن را کشف کنیم، مثل غنم موطوئه در قطیع غنم که یک واقعیّتی دارد و گوسفند خاصّی بوده و مجهول شده، پس واقعیّت مجهول است و با قرعه آن را کشف می‌کنیم. و یا در قرآن در داستان حضرت یونس جماعت گفتند که در این کشتی گناهکاری هست و قرعه زدند و قرعه به نام یونس افتاد (گناهکار به معنی ترک اولی است چون او در هدایت قوم عجله کرده بود) پس واقع مجهولی بوده و با قرعه پیدا شد، و یا در ولدی که از زنی متولد شده (وطی به شبهه) که پدرش

مجهول است، چون به هر حال این بچّه از نطفهٔ انسانی به وجود آمده است. برای کشف مجهول قرعه می‌زنیم، در روایات هم داریم که وقتی جماعتی با مشکل مواجه شوند، آن را به خدا واگذار کنند و قرعه بزنند خدا واقع را به آنها نشان می‌دهد:

«ما من قوم فوّضوا امرهم الی اللّه عزّ و جلّ و القوا سهامهم الّا خرج السهم الاصوب» «۱»

. ۲- واقع مجهولی نداریم، بلکه برای قطع مادّهٔ نزاع قرعه می‌زنیم.

به عنوان مثال در حالات پیامبر در باب قرعه هست که وقتی پیامبر می‌خواست مسافرت کند، با قرعه یکی از زنان را برای همراهی در سفر معیّن می‌فرمود و یا در مورد کسی که مسلمان شده در حالی که قبل از اسلام پنج همسر داشته است، اکنون که مسلمان شده نمی‌تواند هر پنج همسر را داشته باشد، یکی از آنها باطل می‌شود که مورد آن را با قرعه معیّن می‌کنند، در اینجا نیز واقع مجهولی نداریم و یا قبل از اسلام جمع بین اختین کرده بود، در اینجا نیز یکی را باید کنار بگذارد و آن را با قرعه تعیین می‌کنند. و یا تقسیم ارث، در جائی که اموال از نظر قیمت مساوی است، در اینجا نیز برای روشن شدن سهم هر یک از ورثه قرعه می‌زنند و یا در تقسیم زمین مشاع با قرعه سهم هر یک را مشخص می‌کنیم. در تمامی این موارد، قرعه برای حذف مادّهٔ نزاع است و در واقع، مجهولی نبوده است. همهٔ این موارد مدرک دارد که در کتاب «قواعد الفقهیّه» در باب قرعه «۲»، آن را بیان کرده‌ایم.

در شرع مقدّس قرعه این گونه (۲ نوع) است ولی در میان عقلاـ قرعه همیشه برای فصل مادّهٔ نزاع است و آنها قرعه را کاشف نمی‌دانند و می‌گویند قرعه همین مقدار که فصل نزاع می‌کند، کافی است (استخاره هم نوعی قرعه است که تفویض امر به خدا کرده و از او طلب خیر می‌کنیم).

در ما نحن فیه که عقدان متقارنان است اگر کسی سراغ قرعه برود این از قسم دوم است، چون واقع مجهولی وجود ندارد و می‌خواهیم حذف مادّهٔ نزاع کنیم. پس این که بعضی اشکال کرده‌اند که اینجا جای قرعه نیست، چون واقع مجهولی ندارد، وارد نیست، چرا که واقع مجهول هم نباشد، می‌توان برای حذف مادهٔ نزاع قرعه زد.

نتیجه: عدم تمسّک به قرعه در اینجا (صورت دوم) از این جهت نیست که واقع مجهولی نداریم، بلکه از این جهت است که قواعد مسأله را حل می‌کند. «القرعهٔ لکل امر مشکل أو مشتبه» و در اینجا مشکل نیست، زیرا مشکل در جائی است که اصول لفظیّه، اصول عملیّه، دلیل خاص و دلیل عام مشکل را حل نکند، پس هرجا دستمان به دلیل برسد سراغ قرعه نمی‌رویم.

بر خلاف اینکه دیگران گفته‌اند دلیل قرعه تخصیص خورده، ما معتقدیم که تخصیص نخورده است و در تمام مواردی که دستمان به دلیل نمی‌رسد و هیچ راهی نداریم، قرعه جاری است و قرعه اماره و حلّال بسیاری از مشکلات خواهد بود.

صورت سوم: احدهما معلوم التاریخ و نمی‌دانیم کدامیک بر دیگری مقدّم بوده است.

حکم مسأله:

در اینجا قانون معلوم التاریخ و مجهول التاریخ حاکم است، در جائی که دو حادثه داشته باشیم که یکی معلوم التاریخ و دیگری مجهول التاریخ است، در مجهول التاریخ، استصحاب جاری می‌شود، چون در معلوم التّاریخ شکّی نداریم و لذا جای استصحاب نیست؛ ولی دومی را که نمی‌دانیم چه موقع خوانده است، آیا قبل از عقد دیگری است یا بعد از آن؟ اگر قبل از آن باشد عقد وکیل معلوم التاریخ باطل است و اگر بعد از آن باشد، عقد وکیل مجهول التاریخ باطل است. در اینجا استصحاب می‌کنیم، که عقد وکیل مجهول التاریخ خوانده نشده است، تا زمانی که عقد وکیل

(۱) عوائد الایام، ص ۲۲۶.

(۲) قواعد الفقهیّه، ج ۱، ص ۳۲۳.

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۹۶

معلوم التاریخ خوانده شده است، پس عقد وکیل مجهول التاریخ بعد بوده و باطل است.

در زمانهای گذشته که اصول خیلی رشد نکرده بود (قبل از زمان شیخ انصاری) بعضی از بزرگان فقها حکم به فساد هر دو عقد کرده‌اند چون مجاری اصول منقّح نبود.

ان قلت: این اصلی که شما جاری می‌کنید از دو جهت «اصل مثبت» است:

۱- عدم تحقّق عقد روز پنج شنبه، اثبات نمی‌کند که عقد روز شنبه واقع شده است، چون این لازمهٔ عقلی است.

قلنا: ما نمی‌خواهیم بگوئیم که آن مجهول التاریخ روز شنبه واقع شده بلکه ما می‌خواهیم بگوئیم که روز جمعه عقد مجهول التاریخ نبوده است (یعنی آنچه که ما با آن کار داریم این است که جمعه، محل بلا مانع باشد و کاری به لازمهٔ عقلی نداریم).

۲- سلّمنا، شما می‌گوئید که زن روز جمعه مزوّجه نبوده و وکیل اوّل هم صیغهٔ عقدی را در روز جمعه (معلوم التاریخ) خوانده است پس وقع العقد علی من لم یزوّج، و حال آن که این لازمهٔ عقلی و اصل مثبت است.

قلنا: اگر ما استصحاب را در موضوع جاری کردیم، حکم مترتّب می‌شود و اصل مثبت نیست مثلًا شک داریم این آب نجس است یا پاک، استصحاب طهارت می‌کنیم و می‌گوئیم می‌شود با آن وضو گرفت، حال نمی‌توان گفت این که شما می‌گوئید وقع الوضوء علی ماء الطاهر، لازمهٔ عقلی است، پس اصل مثبت است، چون موضوع و حکم این بحثها را ندارد و ما نحن فیه هم همین گونه است، موضوع این است که زن بلامانع باشد و استصحاب می‌گوید بلامانع است، پس موضوع (بلا مانع بودن) به وسیلهٔ استصحاب ثابت شد و احکام بر او مترتّب می‌شود. نتیجه این که، صورت سوم هم اشکالی ندارد.

صورت چهارم: هر دو مجهول التاریخ است و نمی‌دانیم وکیل اوّل مقدّم بوده یا دومی ولی احتمال تقارن را هم می‌دهیم،

یعنی سه احتمال دارد: وکیل اوّل جلوتر باشد یا وکیل دوم و یا هر دو متقارن باشند.

حکم مسأله:

در اینجا نیز حکم بطلان است، چون مجهول التاریخ است و احتمال تقارن هم هست، پس اصالهٔ الفساد می‌گوید که هر دو عقد فاسد است چون تقارن فاسد است و حکم تابع اخص مقدّمتین است.

بعضی گفته‌اند: این صورت که قائل شویم که در آن واحد دو عقد باشد، فرض نادری است و بهتر است که این صورت را به صورت پنجم ملحق کنیم.

۸۱ ادامهٔ مسئلهٔ ۲۸ ... ۲/ ۱۲/ ۷۹

صورت پنجم: هر دو مجهول التاریخ و نمی‌دانیم کدامیک بر دیگری مقدّم بوده است،

مثلًا زنی به دو نفر وکالت داده، وکیل اوّل عقد او را برای مردی می‌خواند و وکیل دوم هم بدون اطّلاع، عقد او را برای مرد دیگری می‌خواند، بعداً معلوم می‌شود که عقد این زن به دو نفر خوانده شده و نمی‌دانند کدام مقدّم است. به طور مسلّم عقد این زن خوانده شده، و شوهری دارد امّا شوهرش کیست، معلوم نیست. در اینجا حکم شرعی چیست؟ زن چه کند؟ شوهران چه کنند؟

همهٔ این بحثها فرع بر این است که ذات بعل نبودن، شرط واقعی باشد برای صحت عقد، نه شرط علمی.

ان قلت: این فرع، فرض نادری است خصوصاً در زمان ما و نیازی به بحث ندارد.

قلنا: ما هم قبول داریم که فرض نادر است، خصوصاً در زمان ما، ولی چون در این گونه مسائل تعدادی از قواعد اصولی و فقهی

پیاده می‌شود، که برای آموزش اجتهاد مفید است، مورد بحث قرار می‌گیرد.
در چنین مسائلی پای علم اجمالی، حق اللّه و حق النّاس در بین است.

اقوال:

اشاره

در مورد این مسأله از قدیم الایّام بین عامّه و خاصّه اقوال متعدّدی بوده است. از جمله مرحوم علّامه در تذکره اقوالی را نقل می‌کند.
۱- قول شافعی: وُقف الحال إلی أن یتبیّن (یعنی زن شوهر نکنـد و آن مردان هم این را به عنوان یک زن حساب کننـد، مگر این که بـا میـل خودشـان طلاق دهنـد یا یکی طلاق دهـد و دومی تجدیـد عقـد کنـد، یا هر دو از دنیا برونـد و یا یکی مرحوم شود و دومی تجدید عقد کند).
۲- قول ابو حنیفه، مالـک و احمـد: حـاکم شـرع پادرمیـانی کرده و از طرف هر دو، او را طلاـق می‌دهـد و می‌گویـدمن قِبَل زوجها الواقعی طلّقتها ولایهً.
۳- قول دیگری از احمد: میان آنها قرعه بزنیم میان آنها به این عنوان که قرعه به نام هرکس درآمد دیگری را وادار به طلاق کنیم و اوّلی را وادار به تجدید نکاح.
کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۹۷
مرحوم علّامه بعد از نقل قول سوّم می‌فرماید: «و لا بأس به» «۱»
مرحوم شـهید ثـانی در مسالـک احتمالاـتی داده است که یکی دخـالت حـاکم (قول دوم) و قول دیگر اجبارهمـا علی الطلاـق (قول چهارم) است، بعـد به صورت اشـکال مقـدر، اشـکالی می‌کنـد و جواب می‌دهد که «و لا یقدح الاجبار فی صحهٔ الطلاق. لأنّه بحق» (چون حق این زن است که بلاتکلیف نمانـد) و قول سومی هم ایشان دارنـد که همان قرعه برای تعیین زوج است و احتیاج به طلاق دیگری و تزویج مجدد نیست (قول پنجم). «۲»
مرحوم صاحب عروه قول ششـمی اضافه می‌کنـد و آن این که زوجه حق فسـخ دارد، چون گرفتار و در زحمت است و لـذا نیازی به حاکم نیست و هر کدام را که خواست، فسخ می‌کند و با هر کدام که خواست، مجدّداً ازدواج می‌کند.

خلاصهٔ اقوال:

۱- توقّف و احتیاط تا زمان تبیّن حال (هذا قول شافعی و حکی عن المبسوط و التحریر).
۲- فسـخ نکاح از ناحیـهٔ حاکم (و هو قول العلامهٔ فی القواعد بنا بر آنچه که مرحوم آقای حکیم «۳» نقل می‌کند و معظم فقهاء عامه هم این قول را اختیار کرده‌اند).
۳- فسخ نکاح از ناحیهٔ زوجه (مرحوم آقای حکیم می‌فرماید قائلی به این قول نیافتیم).
۴- حاکم هر دو را مجبور به طلاق کند و اجبار هم به حق است، (صاحب مسالک این قول را به عنوان احتمال مطرح کرده است).
۵- قرعه برای تعیین اولویّت یعنی حاکم دومی را مجبور به طلاق می‌کنـد و به اوّلی می‌گویـد که تجدیـد عقد کند، (قول دیگری از احمد است).
۶- تعیین زوج با قرعه، (امام در تحریر الوسیله و مرحوم صاحب عروه و بعضی از شارحین عروه این قول را اختیار کرده‌اند).

دلیل قول اوّل: [توقّف و احتیاط تا زمان تبیّن حال]

قول اوّل احتیاط است و در ناحیهٔ علم اجمالی و شبههٔ محصوره، احتیاط مقتضای قاعده است. زن احتیاط می‌کند و شوهر نمی‌کند، ولی آن دو نفر چه کار کنند؟ ممکن است که گفته شود آنها هم در ناحیهٔ نفقه و مهر احتیاط کنند و احتیاطاً هر یک نصف آن را بدهند.

ان قلت: نفقه فرع بر تمکین است و اینجا تمکینی نیست، پس نفقه نیست.

قلنا: عدم تمکین دو صورت دارد: ۱- به خاطر مانع شرعی. ۲-

مانعی ندارد و اختیاراً تمکین نمی‌کند، در صورت دوم نفقه ندارد، ولی در صورت اول که به خاطر عذر شرعی (نفاس، حیض) تمکین نمی‌کند، نفقه دارد، در ما نحن فیه هم عدم تمکین به خاطر مانع شرعی است و باید نفقه داده شود.

ان قلت: چرا ما نحن فیه از قبیل واجدی المنی فی الثوب المشترک نباشد که هر یک برائت جاری می‌کنند، در اینجا هم هر دو اصالهٔ البراءهٔ جاری کنند (شبههٔ بدویّه است و جای اصالهٔ البراءهٔ).

قلنا: اصل برائت را نباید جاری کنند، چون اصل برائت در حقوق اللّه (مثل غسل) جاری می‌شود، ولی در جائی که حقّ الناس از بین می‌رود، جای تمسّک به برائت نیست (مثلًا جماعتی تیراندازی می‌کردند و به یک نفر خورد و از بین رفت و نمی‌دانیم تیر کدامیک بوده است، در اینجا اگر در هر یک برائت جاری کنند، خون از بین می‌رود، و چون حقّ الناس است دیه بین آنها تقسیم می‌شود).

در ما نحن فیه هم حقّ الناس است و لا یبعد که جای برائت نباشد.

تا اینجا بیان شد که احتیاط چه مسئولیّتی برای زن و چه مسئولیّتهائی برای شوهرها دارد و قاعده هم همین را اقتضا می‌کند.

یرد علیه:

اوّلاً: لا شک انّ هنا الاحتیاط ضرریٌّ و حرجیٌّ، در اینجا لا ضرر و لا حرج به میدان می‌آید و ما نمی‌توانیم زن را بلاتکلیف بگذاریم.

ثانیاً: منهای لا ضرر و لا حرج، از حکمت شارع بعید است که این زن را بلاتکلیف بگذارد، بنابراین قول اوّل در مقابل لا ضرر و لا حرج و حکمت شارع مقدّس، محکوم است.

ان قلت: ضرر ناشی از حکم شرع نیست، ضرر ناشی از حکم عقل است، زوجیّت واقعی این زن که ضرر ندارد، بلکه حکم عقل به ضرورت احتیاط است که ضرر دارد (در شبههٔ غیر محصوره هم گفته می‌شود که اگر احتیاط شود ضرر است و این ضرر از ناحیهٔ شارع نیست چون مورد یکی بوده است) لا ضرر هم ناظر به حکم شرع است

(لا ضرر و لا ضرار فی الإسلام).

قلنا: درست است که حکم عقل به وجوب احتیاط سبب ضرر شده، ولی سرچشمهٔ حکم عقل چیست؟ همان حکم شرع است به بقاء زوجیّت، و شارع اگر حکم خودش را در اینجا بردارد، عقل حکم به احتیاط نمی‌کند، (در اطراف شبههٔ غیر محصوره هم همین گونه است، شارع می‌گوید این نجسی که بین این هزارتا هست نجس است و عقل هم می‌گوید که همه را کنار بگذار).

---

(۱) تذکره، ج ۲، ص ۵۹۸ چاپ قدیم.

(۲) مسالک، چاپ جدید، ج ۷، ص ۱۹۴.

(۳) مستمسک، ذیل مسئلهٔ ۳۵ عروه.

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۹۸

۸۲ ادامهٔ مسئلهٔ ۲۸ ... ۳/ ۱۲/ ۷۹

دلیل قول دوم: [فسخ نکاح از ناحیهٔ حاکم]

قول دوم این بود که حاکم ولایةً طلاق دهد چون حاکم برای اقامهٔ حق و اغاثه ملهوفین و دفع ضرر از مظلومین است و منصب حاکم شرع این است که می‌تواند دخالت کند و ولایةً از طرف زوجین طلاق دهد. این طریق خیلی خوب است، لو لا طریق اسهل و اقرب من هذا الطریق.

نکته: آیا لا ضرر فقط نفی احکام ضرریّه می‌کند یا اثبات حکم هم می‌کند؟

عدّه‌ای می‌گویند لا ضرر فقط نفی احکام ضرری می‌کند (لا حکم ضرری فی الإسلام) بنابراین لزوم عقد معنون به عنوان ضرری است، لاـ ضرر لزوم را بر می‌دارد و عقد جایز و قابل فسخ می‌شود، گفته شده است که نقش لا ضرر در همین حد است و اثبات حکم نمی‌کند.

قلنا: لا ضرر هم نفی و هم اثبات حکم می‌کند، اتفاقاً پیامبر در حدیث «سَمُرة ابن جندب» که روایت قاعدهٔ لا ضرر است، اثبات حکم کرده است. سمرهٔ بن جندب بدون اجازه برای سر زدن به نخل خودش وارد خانهٔ شخصی شد، آن شخص به پیامبر شکایت کرد و حضرت فرمود:

سمرهٔ استأذن

، پیامبر با استفاده از لا ضرر اثبات حکم کرد، ولی بعد از عدم قبول سمرهٔ اجازه قطع شجره را صادر کرد و به

فإنّه لا ضرر و لا ضرار فی الإسلام

استدلال کرده و اثبات حکم کرد.

پس لا ضرر فقط نفی حکم نمی‌کند، در ما نحن فیه هم حاکم شرع برای نفی ضرر ولایةً طلاق می‌دهد.

دلیل قول سوّم: [فسخ نکاح از ناحیهٔ زوجه]

قول سوم فسخ نکاح از ناحیهٔ زوجه است که درست به همان دلیل لا ضرر است، چون لزوم این عقد ضرریٌّ علی الزوجه و لذا لزوم را شارع نسبت به زوجه برداشته و لازمه‌اش جواز فسخ است.

اشکال: این قول خوب است و فقط یک مشکل دارد و آن این است که فسخ زوجه در اسلام فقط در موارد خاصی است (عیوب)، فهذا امرٌ غیر معهود، پس زوجه‌ای که شوهرش چهار سال است که مفقود شده، فسخ نمی‌کند و سراغ حاکم شرع می‌رود و اگر بنا بود لا ضرر اجازهٔ فسخ دهد در چنین موردی هم باید اجازهٔ فسخ می‌داد.

۸۳ ادامهٔ مسئلهٔ ۲۸ ... ۷/ ۱۲/ ۷۹

[دلیل] قول چهارم: حاکم شرع زوجین را برای دفع ضرر به طلاق مجبور کند،

چون باقی ماندن زن به این حال ضرر است.

ان قلت: اجبار موجب فساد عقد است.

قلنا: چون اینجا اجبار به حق است، صحیح است.

یرد علیه:

اساس و رکن عقـد این است که عن طیب نفس و عن جِدٍّ باشـد. در اینجا که اجبار است طیب نفس و جـدّیّت نیست و طلاق، یک لقلقـهٔ لسان است و فقط یک صورت طلاق است بدون معنی، و این که می‌فرمائید اجبار به حق است، اجبار در عمل خارجی ممکن است؛ ولی اینکه بگوئیم اجباراً طلاق بـده مع النّیّهٔ و طیب النّفس، این امر ذهنی است و قابل اجبار نیست (مثل اینکه کسـی را مجبور کنیم که کسـی را دوست بـدارد) پس در اینجـا قـوام طلاـق حاصـل نیست و کالعـدم است، پس در مـواردی که در فقه اجبـار پیش می‌آیـد (مثلًا احتکار) حـاکم شـرع خود، اقـدام به فروش اموال محتکر می‌کنـد و نمی‌گوینـد که او را به فروش، مجبور می‌کند، پس قول چهارم باطل است.

دلیل قول پنجم: [قرعه برای تعیین اولویّت یعنی حاکم دومی را مجبور به طلاق می‌کند و به اوّلی می‌گوید که تجدید عقد کند]

این قول مثل قول چهارم است با این فرق که ابتداءً قرعه می‌زنیم و دوّمی را که قرعه به نام او درنیامده است، اجبار بر طلاق می‌کنیم و اوّلی هم که قرعه به نامش درآمده، عقد نکاح را تجدید می‌کند (این قول مرکب است از قرعه و اجبار و تجدید نکاح).
یرد علیه: در اینجا نیز اشکال قول چهارم وجود دارد که اجبار در امور خارجیّه قابل تصوّر است و در امور باطنیّه مثل رضایت و طیب نفس معنی ندارد.

دلیل قول ششم: [تعیین زوج با قرعه]

چون این زن برای یکی از این دو مرد است و نمی‌توانـد بلاـتکلیف بمانـد و همچنین برای هر دو هم که نمی‌توانـد باشـد، پس قرعه می‌زنیم، مانند بچه‌ای که از دو نفر به عنوان وطی به شبهه متولد شده و راهی هم برای تعیین نیست، زیرا عنوان قرعه یا
لکلّ امر مشتبه
است (که در احـادیث است) و یالکـل امر مشـکل‌است (که در کلاـم علما است) هر کـدام از این دو عنوان که باشـد در ما نحن فیه صادق است، پس چون عمومات قرعه شامل اینجا می‌شود، قرعه می‌زنیم.
کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۹۹
یرد علیه:
قرعه دو مشکل دارد:
اشکال اوّل: مرحوم محقق ثانی در جامع المقاصد می‌فرماید:
نکـاح مبنی بر احتیاط است و شوهر را نمی‌توان با قرعه انتخاب کرد، چون خلاف احتیاط است و واقعاً هم مشـکل است زیرا تا آخر عمر این دو شـک دارنـد که آیـا واقعـاً زوج و زوجه هسـتند یا نه. به عبارهٔ اخری شـمول عمومات قرعه بر چنین موردی محل شـک است و مشکل.
اشـکال دوم: موضوع قرعه در اینجـا نیست نه اینکه عمومـات منصـرف است (که در اشـکال اول می‌گفتیم) به این معنی که در اینجا مشکلی نیست، چون حاکم شرع هست و طلاق می‌دهد، اگر بن بست باشد (مثل ولدی که از وطی به شبهه است) حاکم شرع کاری نمی‌تواند بکند؛ ولی در ما نحن فیه حاکم می‌تواند طلاق دهد پس مشکل و مشتبه نیست.
تا اینجا همهٔ اقوال با اشکالاتش بیان شد.

بهترین قول: بهتر از همه در بین این اقوال، آن است که اختیار را به حاکم دهیم

(وجه دوم)، جمعی از علماء شیعه و سنّی، این قول را اختیار کرده‌اند و حاکم از طرفین می‌خواهد زن را طلاق دهند و اگر امتناع کردند حاکم ولایةً طلاق می‌دهد. معاصرین غالباً به قرعه تمایل پیدا کرده‌اند و در حاشیهٔ عروه، ما نیز قرعه را انتخاب کرده‌ایم؛ ولی بهتر این است که ولایت حاکم را بپذیریم.

بقی هنا شیء:

همین مشکلی که برای زوجه پیدا شد برای زوج هم ممکن است پیدا شود، زوج دو وکیل انتخاب کرده که برای او همسری انتخاب کنند، یکی این خواهر و دومی خواهر دیگر را و یا اوّلی مادر و دومی دختر را برای او تزویج کرد و بعد هم مجهول التاریخ شد، همان بحث‌ها در اینجا هم می‌آید. صاحب عروه این مسأله را در ذیل مسئلهٔ ۳۵ آورده است و حقّش این بود که امام هم این مسأله را در همین جا مطرح می‌کردند ولی امام (ره) به عنوان یک مسئلهٔ جداگانه در آخر مطرح می‌کنند.

[مسألة ۲۹ (ادّعاء الزّوجین سبق العقد)]

اشاره

۸۴ مسألة ۲۹ (ادّعاء الزّوجین سبق العقد ...) ۸/ ۱۲/ ۷۹

مسألة ۲۹: لو ادّعی احد الزوجین سبق عقده فان صدّقه الآخر و کذا الزوجة، او صدّقه احدهما و قال الآخر: «لا ادری»، فالزوجة لمدّعی السبق و ان قالَ کلاهما: «لا ادری» فوجوب تمکین الزوجة من المدّعی بل جوازه محلّ تأمّل الّا اذا رجع عدم درایة الرّجل (دومی که می گوید لا ادری)

الی الغفلة حین اجراء العقد و احتمل تطبیقه (عقد اوّلی)

علی الصّحیح من باب الاتّفاق (تصادفاً...)

عنوان مسأله:

اشاره

این مسأله دنبالهٔ مسئلهٔ ۲۸ است، در آنجا بحث در این بود که دو وکیل، بدون اطّلاع از یکدیگر، زوجه را شوهر دادند، و هر دو مجهول التاریخ بود، اقوال شش گانه‌ای در مسأله بود، در این مسأله بحث در دعوای بر تقدّم و تأخّر است یعنی مسأله سابق مقام ثبوت بود و هر دو در مقابل حکم تسلیم بودند و فتوی می‌خواستند؛ ولی در این مسأله دنبال فتوی نیستند، بلکه هر یک ادّعا می کند که مقدّم بوده است و قضاوت می‌خواهند نه فتوی، پس این بحث در مقام اثبات و قضاوت است.

قبل از ورود به مسأله، سه نکته را متذکّر می‌شویم:

نکتهٔ اوّل: این مسأله تماماً بر محور قوانین باب قضا دور می‌زند و روایت خاصی ندارد،

پس در اینجا کار ما پیاده کردن قواعد کلیّه‌ای است که در باب قضا مطرح است.

نكتهٔ دوم: مسأله دو صورت دارد:

الف) يكى از آنها ادّعاى تقدّم مى‌كند و ديگرى يا ادّعايى ندارد و يا اين كه ديگرى را تصديق مى‌كند.
ب) تداعى است (هر يك ادّعاى تقدّم دارند) هر كدام از اين دو صورت شاخه‌هائى دارد.

نكتهٔ سوم: جمعى از بزرگان از فقهاء متعرّض اين مسأله شده‌اند ولى همه سراغ شاخهٔ دوم (تداعى) رفته‌اند

و كمتر كسى متعرّض صورت اوّل شده است، از كسانى كه اين مسأله را متعرّض شده‌اند:
مرحوم شيخ طوسى «۱»، مرحوم فاضل هندى «۲»، در شرح كلام علّامه، مرحوم محقّق ثانى «۳»، مرحوم صاحب عروه «۴» و شارحين عروه، مثل آقاى حكيم و ديگران در ذيل مسئلهٔ ۳۵ عروه اين بحث را مطرح كرده‌اند.

موضوع بحث:

الف) اگر احدهما (زوج اوّل) ادّعاى سبق كرد، در اين صورت چهار حالت متصوّر است:

اشاره

---

(۱) مبسوط، ج ۴، ص ۱۸۲.
(۲) كشف اللثام، ج ۲، ص ۲۵.
(۳) جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۱۸۲.
(۴) عروه، مسئلهٔ ۳۵ از مسائل اولياء العقد.
كتاب النكاح (مكارم)، ج۲، ص: ۱۰۰
۱- زوج دوم و زوجه هر دو او را تصديق مى‌كنند.
۲- احدهما تصديق مى‌كند و ديگرى «لا ادرى» مى‌گويد (يا زوج دوم تصديق مى‌كند و زوجه مى‌گويد نمى‌دانم يا بالعكس).
۳- هر دو «لا ادرى» مى‌گويند.
۴- زوج دوم تصديق مى‌كند و زوجه تكذيب مى‌كند.

حكم صورت اوّل (زوج دوم و زوجه، هر دو تصديق مى‌كنند):

چون هر دو تصديق كرده‌اند و دعوايى نيست، پس داخل در
«اقرار العقلاء على انفسهم جايز»
، است در واقع زن و مردى به زوجيّت اقرار كرده‌اند.
اشكال:

مرحوم آقای حکیم در مستمسک در ذیل این مسأله اشکالی دارد و می‌فرماید: این اقرار بر ضد دیگری هم هست (مثلًا به زیان سایر ورثه است چون از هم ارث می‌برند) و نمی‌توانیم اقرار او را بپذیریم، پس دلیل این مسأله به بیان ایشان اجماع و سیره است نه قاعدهٔ اقرار.

لکن الانصاف:

این اشکال درست نیست، چون جُلِّ اقرارات در مراحل تالیه نسبت به دیگران آثاری دارد، اگر زید و عمرو اقرار کردند که این خانه را فروختیم یا هبه کردیم و یا ... با اینکه این کار به ضرر ورثه تمام خواهد شد؛ ولی اقرار نافذ است. پس متن اقرار طرفینی است و تبعات بعدی که در صورتهای تالیه پیش می‌آید، تأثیری بر نفوذ اقرار ندارد.

نتیجه: دلیل اصلی در مسأله، اقرار طرفین است.

حکم صورت دوم (احدهما اقرار می‌کند و دومی می‌گوید «لا ادری»):

اگر زوجه تصدیق کند و دومی بگوید لا ـ ادری، در این صورت قول زوج قبول می‌شود و مشکلی نیست (مثل صورت قبلی)، یا زوجه می‌گوید «لا ادری» ولی زوج دوم تصدیق می‌کند، یعنی عقد خودش را باطل می‌داند بنابراین عقد اوّل‌صدر من اهله، وقع فی محلّه. در واقع زنی که ذات بعل نبوده وکیل شرعی عقد او را خوانده است و زوجه هم ادّعایی ندارد.

حکم صورت سوم (کلاهما می‌گویند «لا ادری»):

اشاره

زوج اوّل می‌گوید من سابق بودم و زوجه و زوج دوم. نمی‌دانند.

مرحوم امام می‌فرماید ترتّب آثار زوجیّت در اینجا مشکل است (فوجوب تمکین الزوجهٔ من المدعی بل جوازه محل تأمّل) چون نمی‌دانیم اوّلی در محل بلامانع واقع شده یا محل مانع داشته است؟

چون هر دو مجهول التاریخ است، بنابراین اصل فساد است، بعد امام می‌فرماید، الّا اینکه در این عقد از باب قاعدهٔ فراغ اصالهٔ الصحهٔ جاری کنیم (الّا اذا رجع عدم درایهٔ الرجل الی الغفلهٔ حین اجراء العقد و احتمل تطبیقه علی الصحیح من باب الاتفاق).

قاعدهٔ فراغ در کجا جاری است؟

در همهٔ افعال جاری می‌شود (عبادات، معاملات) ولی در قاعدهٔ فراغ نزاعی مطرح است، و آن نزاع این است که آیا جریان قاعدهٔ فراغ در جائی است که در حین عمل متذکّر باشد یا نه؟ به عنوان مثال با انگشتر وضو گرفتم، شک می‌کنم که بعد از وضو آب زیر انگشتر رفته است یا نه؟ احتمال می‌دهم که حین وضو توجه داشته‌ام و انگشتر را شاید تکان داده‌ام، که در این صورت همه می‌گویند وضو صحیح است؛ ولی یک وقت یقین دارم که انگشتر را تکان نداده‌ام؛ ولی احتمال می‌دهم که شاید آب خودش زیر انگشتر رفته باشد، در اینجا قاعدهٔ فراغ جاری نیست.

در ما نحن فیه اگر ما قائل باشیم که در جریان قاعدهٔ فراغ، شرط است که در حین عمل متذکّر باشد، در این صورت کسی که عقد اول را خوانده وکیلی است که بی‌خبر است از عقد دیگری، در اینجا اگر عقد هم درست شده، به صورت اتّفاقی درست شده است ولی اگر گفتیم در جریان قاعدهٔ فراغ، متذکّر بودن شرط نیست، صحیح است.

یعنی در ما نحن فیه من باب الاحتمال عقد اوّل سابق بوده و در غیر ذات بعل بوده است، اگر چنین قاعدهٔ فراغی را جاری بدانیم آثار زوجیّت مترتّب می‌شود؛ ولی اگر قاعدهٔ فراغ را جاری ندانستیم، آثار زوجیّت مترتّب نمی‌شود.

۸۵ ادامهٔ مسألهٔ ۲۹ ... ۹/ ۱۲/ ۷۹

ادامهٔ مسئلهٔ ۲۹:

و ان صدّقه الآخر (زوج اوّل را زوج دوم تصدیق کند)

و لکن کذّبته الزّوجه، کانت الدعویٰ بین الزّوجهٔ و کلا الزّوجین، فالزّوج الاوّل یدّعی زوجیتها و صحّهٔ عقده و هی تنکر زوجیّته و تدّعی فساد عقده، و تنعکس الدعویٰ بینها و بین الزوج الثّانی، حیث انّه (زوج ثانی)

یدّعی فساد عقده و هی تدّعی صحّته،

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۱۰۱

ففی الدعوی الاولی تکون هی المدّعیهٔ و الزوج هو المنکر، و فی الثانیهٔ بالعکس، فان أقامت البیّنهٔ علی فساد الاوّل، المستلزم لصحّهٔ الثّانی حکم لها بزوجیّتها للثّانی دون الاوّل، و ان اقام الزّوج الثّانی بیّنهٔ علی فساد عقده (پس عقد اوّلی خود به خود درست می‌شود) یحکم بعدم زوجیّتها له و ثبوتها للاوّل...

حکم صورت چهارم (صدّقه الآخر و لکن کذّبته الزوجهٔ):

زوج دوم، زوج اوّل را تصدیق می‌کند؛ ولی زوجه تکذیب می‌کند، پس در اینجا دو ادّعا مطرح است، یعنی یک دعوای سه‌گانه‌ای پیدا شده است (زوج اوّل، زوج دوم و زوجه) که منحل به دو دعویٰ می‌شود، یک دعویٰ بین زوجه و زوج اوّل و یک دعویٰ بین زوجه و زوج دوم. زوجه نسبت به زوج اوّل می‌گوید: دروغ می‌گوئی و نسبت به زوج دوّم می‌گوید: همسر تو هستم. حال که دو دعویٰ در اینجاست باید سراغ قواعد باب دعوی برویم که قاعده‌ای داریم به نام

البیّنهٔ علی المدّعی و الیمین علی من انکر

، طبق این قاعده، باید مدّعی و منکر را پیدا کنیم، که اگر مدّعی بیّنه نداشت منکر قسم بخورد.

برای تشخیص مدّعی و منکر بحث مفصّلی مطرح است، ولی فعلًا فرض را بر این می‌گیریم که کسی که قولش موافق اصل است، منکر است و کسی که مخالف اصل است، مدّعی است. اصل در عقد وکیلها صحّت است، پس در این دو دعویٰ هرکس طرفدار صحّت بود منکر است و هرکس مخالف صحّت بود (یعنی مدعی فساد بود) مدعی است و باید بیّنه بیاورد. در دعوای اوّل (بین زوجه و زوج اوّل) که زوج اوّل می‌گوید عقد من صحیح است، قولش مطابق اصل است و بیّنه‌ای از او نمی‌خواهیم؛ ولی زوجه می‌گوید عقد فاسد بوده است و مدّعی است، پس باید بیّنه بیاورد، اگر بیّنه آورد، قول او مقدّم است و اگر بیّنه نیاورد، زوج اوّل قسم می‌خورد و حق با اوست و زوجه، زنِ شوهر اوّل خواهد بود، و امّا در دعوای دوم، زوج دوم مدّعی فساد است، پس مدّعی است و باید بیّنه بیاورد، و زن می‌گوید صحیح است و چون ادّعای صحّت می‌کند، قولش مطابق با اصل است و اگر زوج دوم بیّنه نیاورد، قسم می‌خورد و اگر شوهر دوّم بیّنه آورد، در این صورت زوجه، زن شوهر اوّل است تا اینجا تکلیف این دعویٰ روشن شد:

ادامهٔ مسئلهٔ ۲۹:

و ان لم تکن بیّنهٔ یتوجّه الحلف الی الزّوج الاوّل فی الدعوی الاولی و الی الزوجهٔ فی الدعوی الثانیهٔ، فان حلف الزوج الاوّل و نکلت الزوجهٔ تثبت زوجیّتها للاوّل، و إن کان العکس بأن حلفت هی دونه حکم بزوجیّتها للثانی، و ان حلفا معاً فالمرجع هی القرعهٔ...،

اگر هر دو بیّنه اقامه کنند، از قبیل تداعی است (امام این فرع را ذکر نمی‌کند). و به همان بحث قبل (مسئلهٔ ۲۸) برمی‌گردد که یکی

از آن شش وجه را حاکم می‌کنیم.

حال اگر هیچ یک بیّنه نیاورد، در این صورت منکر اوّلی که زوج بود، قسم می‌خورد و اگر زوجه که در دعوای دوم منکر بود قسم نخورد، زوجه، زنِ شوهر اوّل است؛ ولی اگر اوّلی قسم نخورد و زوجه قسم خورد، زوجه متعلّق به زوج دوم می‌شود، چون قولش موافق اصل است و بیّنه هم نیست.

صورت دیگر این است که هر دو قسم می‌خورند که عقدشان صحیح بوده که در این صورت باز تساقط می‌شود و به مسئلهٔ قبل (مسئلهٔ ۲۸) برمی‌گردد که باز یکی از وجوه ششگانه حاکم است.

۸۶ ادامهٔ مسئلهٔ ۲۹ ... ۱۰/ ۱۲/ ۷۹

ادامهٔ مسئلهٔ ۲۹:

و ان حلفا معا (مدّعی اوّل و دوّم بیّنه نداشتند، منکرها قسم می‌خورند)

فالمرجع هی القرعهٔ (چون قسم‌ها مثل بیّنه‌ها تعارض کرده، ساقط می‌شوند و علم اجمالی داریم و مرجع علم اجمالی به عقیدهٔ امام (ره) قرعه است ولی ما گفتیم که مرجع حاکم شرع است)،

هذا اذا کان مصبّ الدعوی صحهٔ العقد و فساده لا السبق و عدمه أو السبق و اللحوق أو الزوجیّهٔ و عدمها، و بالجملهٔ المیزان فی تشخیص المدّعی و المنکر غالباً مصبّ الدعوی...

برای روشن شدن این عبارت امام (ره)، باید دو قاعده از قواعد باب دعاوی را بیان کنیم:

الف) ما المعیار و المیزان فی معرفهٔ المدّعی و المنکر؟ (مدّعی و منکر را چگونه بشناسیم؟)

در عبارات بزرگان پنج تعبیر برای شناخت مدّعی و منکر دیده می‌شود:

۱- من کان قوله موافقا للاصل فهو المنکر و من کان مخالفاً للاصل فهو المدّعی‌مثلًا خانه در دست من است شما ادّعای مالکیّت خانه را می‌کنید، اصالهٔ الید می‌گوید خانه برای من است و شما که قولتان مخالف اصل است مدّعی هستید باید بیّنه بیاورید.

۲- من کان قوله موافقاً للظاهر فهو المنکر و من کان مخالفاً للظاهر فهو المدّعی‌ظاهرِ حالِ ذو الید مالکیّت است و اگر کسی در مقابل او ادّعائی کند، مخالف ظاهر حال است و مدّعی است و کسی که موافق ظاهر حال است، منکر است.

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۱۰۲

۳- المدّعی مَن لو تَرَک تُرِک‌مدعی کسی است که اگر دعوی را رها کند کاری به او ندارند مثلًا در مقابل ذو الید ادّعای مالکیّت می‌کند، اگر از ادّعای خودش دست بردارد ما هم با او کاری نداریم.

۴- المدّعی من یَدّعی امراً خفیّاً، و المنکر من یدّعی امراً جلیّاً، ادّعا می‌کند که این خانه به وسیلهٔ سرقت، غصب ... که از امور خفیّه است گرفته شده.

۵- المدّعی من یدعی شیئاً علی الغیر، و یکون ملزماً باثباته عند العقلاء کأن یدّعی شیئاً من مال او فائدهٔ او شبه ذلک.

جمعی از بزرگان متأخّرین مانند صاحب جواهر و آیهٔ اللّه خوئی «۱» می‌فرمایند: ما در مورد مدعی و منکر که در روایات آمده (البیّنهٔ علی المدّعی و الیمین علی من انکر)

حقیقت شرعیّه‌ای نداریم (مثل صلاهٔ و حج)، بنابراین سراغ لغت و عرف می‌رویم.

مدّعی در لغت کسی است که ادّعای چیزی می‌کند و نزد عقلا ملزم به اثبات آن است و منکر کسی است که حقّی یا دینی یا چیزی را نفی می‌کند.

تصوّر ما این است، کسانی که معنائی را برای مدّعی و منکر ذکر کرده‌اند، همین مطلب در ذهنشان بوده و توضیح بیشتری داده‌اند نه اینکه معنای معارضی با معانی دیگر گفته باشند، لذا تصور نمی‌کنیم که در اینجا دعوائی باشد و در واقع نزاع لفظی است و بر فرض

هم دعوائى در بين اين اقوال پنج گانه باشد، حق با قول پنجم است (معناى عرفى و لغوى)، كه اين معنا با چهار احتمال ديگر هم مى‌سازد، پس حقيقت مدعى و منكر يك معنى عرفى است قبل از اين كه شارع

«البينة على المدّعى و اليمين على من انكر»

را گفته باشد.

ب) ما المراد من «مصبّ الدّعوى» و «طرح الدّعوى»؟:

مصبّ دعوى به معنى مآل و نتيجه و عصاره است (محلّ پذيرش دعوى) در ما نحن فيه مصبِّ دعوى صحّة و فساد بود كه به هر عبارتى دعوى را طرح كنند، مصبّ دعوى صحة و فساد است. طرح دعوى آن عبارتى است كه دعوى با آن عبارت عنوان مى‌شود، مثلًا بنده بگويم عقد من اول بود، ديگرى بگويد عقد من اوّل بود اين طرح دعوى است، ولى منظور از اوّل و دوم، صحت و فساد عقد است، اگر چه دعوى در لباس سبق و لحوق طرح مى‌شود؛ ولى مصبّ دعوى و نتيجه، صحّت و فساد عقد است. اگر ما بخواهيم به طرح دعوى نگاه كنيم شايد چهرهٔ مسأله عوض شود، چون سبق و لحوق هر دو حادث است و هيچ يك موافق اصل نيست؛ ولى اگر مصبّ دعوى معيار باشد، كسى كه ادّعاى صحّت مى‌كند، مطابق اصل و ظاهر بوده و ادّعاى امر خفى نكرده است.

شيرازى، ناصر مكارم، كتاب النكاح (مكارم)، ۶ جلد، انتشارات مدرسه امام على بن ابى طالب عليه السلام، قم - ايران، اول، ۱۴۲۴ ه ق كتاب النكاح (مكارم)؛ ج۲، ص: ۱۰۲

آيا در مقام قضاوت، قاضى بايد به طرح دعوى نگاه كند يا به نتيجه و مصبّ؟ مسلّماً عقلا به مصبّ دعوى نگاه مى‌كنند، چون با عوض شدن الفاظ شكل دعوى عوض شده و منكر و مدّعى جايشان عوض مى‌شود. در ما نحن فيه اگر مصبّ را مدّ نظر قرار دهيم، دعوى در صحّت و فساد است، امام (ره) در اينجا اين مسأله را مطرح مى‌كند و مى‌فرمايد اين بحثها در صورتى است كه به مصبّ دعوى نگاه كنيم ولى اگر الفاظ و عبارات را مدّ نظر قرار دهيم، حكم تفاوت مى‌كند.

۸۷ ادامهٔ مسئلهٔ ۲۹ ... ۱۴/ ۱۲/ ۷۹

ان قلت: اين مسأله را دنبالهٔ مسئلهٔ ۲۸ دانستيد در حالى كه در اين مسأله، اسمى از وكيلين نيست، بلكه زوجين هستند، كه هر كدام ادّعاى تقدّم مى‌كنند؟

قلنا: اوّلًااين پيوند در كلام علما هم وجود دارد، مرحوم شيخ طوسى در مبسوط و محقّق ثانى در جامع المقاصد، و صاحب عروه هم در ذيل مسئلهٔ ۳۵ اين مطلب را ذكر كرده‌اند، پس و لو در عبارت امام پيوندى بين دو مسأله نبود؛ ولى متقدّمين و متأخّرين علما، اين دو مسأله را به هم پيوند داده‌اند.

ثانياًسلّمنا كه دو مسأله را از هم جدا كنيم، ولى از نظر قاضى فرقى نمى‌كند، چون مسأله در مجهولى التاريخ است و زوجين مدّعى هستند، پس قواعد مجهولى التاريخ پياده مى‌شود، مگر اين كه بيّنه اقامه كنند.

ان قلت: چرا قائل به قرعه شديد، در حالى كه احتمال تقارن هم هست و اگر تقارن باشد، حكم بطلان است و در صورتى كه احتمال بطلان هست، نمى‌توان زوجه را به يكى از دو طرف دعوى داد.

قلنا: بحث ما در صورت عدم تقارن است، چون در بحث قبل بيان كرديم كه در صورت تقارن قرعه نيست و لذا بحث را جائى برديم كه يقين به تقديم و تأخير داريم، پس مسئلهٔ ۲۹ جائى است كه يقين به تقديم و تأخير داريم.

ان قلت: گفتيد نصّى در اين مسأله وارد نشده است؛ ولى ما دو روايت «۲» داريم كه در مورد تعارض است.

قلنا: اين دو روايت ناظر به شاخهٔ كوچكى از مسأله است و در روايت هم چيزى غير از اين قواعدى كه گفتيم، نيست.

---

(۱) مبانى تكملة المنهاج.

(۲) ح ۲، باب ۷ و ح ۳، باب ۲۳ از ابواب عقد نكاح.

كتاب النكاح (مكارم)، ج۲، ص: ۱۰۳

ادامهٔ مسئلهٔ ۲۹:

...و ان ادّعى كل من الزّوجين سبق عقده فان قالت الزوجة: «لا أدرى» تكون الدعوى بين الزّوجين، فإن أقام احدهما بيّنة دون الآخر حكم له و كانت الزوجة له، و إن أقام كل منهما بيّنة تعارضت البينتان فيرجع الى القرعة فيحكم بزوجيّة من وقعت عليه، و ان لم تكن بيّنة يتوجّه الحلف اليهما، فان حلف احدهما حكم له، و ان حلفا أو نكلا يرجع الى القرعة، و ان صدّقت المرأة أحدهما كان احد طرفى الدعوى من لم تصدّقه الزوجة، و الطرف الآخر الزوج الآخر مع الزوجة، فمع اقامة البيّنة من احد الطرفين أو من كليهما الحكم كما مرّ، و امّا مع عدمها و انتهاء الامر الى الحلف فان حلف من لم تصدّقه الزوجة يحكم له على كل من الزوجة و الزوج الآخر، و امّا مع حلف من صدّقته (زوجى كه زوجه با اوست)

فلا يترتّب على حلفه رفع دعوى الزوج الآخر على الزوجة بل لا بدّ من حلفها ايضاً.

مسأله داراى دو صورت بود، يكى اينكه احدهما ادّعاى تقدّم مى‌كرد كه بحث آن بيان شد (صورت الف) و امّا صورت دوم:

ب) كلاهما ادّعاى تقدّم دارند (تداعى)،

اشاره

يعنى زيد مى‌گويد عقد من مقدّم بوده و عمرو مى‌گويد عقد من مقدّم بوده است. در كلمات قدما و اكثر متأخّرين اين فرع است كه مطرح شده.

اين صورت دو حالت دارد:

حالت اوّل: زوجه كنار ايستاده و «لا ادرى» مى‌گويد.

حالت دوم: زوجه هم داخل در دعوى است و حق را به يكى از طرفين مى‌دهد.

حالت اوّل (زوجه «لا ادرى» مى‌گويد):

در اينجا شكل مسأله اين است كه زوجين هر دو مدّعى و منكر هستند، چون دو ادّعا (ادّعاى زوجيّت و انكار زوجيّت ديگرى) است. طبق قاعدهٔ

«البيّنة على المدّعى و اليمين على من انكر»

هر كدام اقامهٔ بيّنه كنند، حق با اوست و اگر هر دو بيّنه آوردند «تعارضا تساقطا»، سراغ احتمالات شش‌گانه‌اى كه در مسئلهٔ قبل بود، مى‌رويم كه قائلين به قرعه، قرعه را انتخاب مى‌كنند و ما هم قائل به دخالت حاكم شرع هستيم.

امّا اگر هيچ كدام بيّنه نداشتند، سراغ

«اليمين على من انكر»

مى‌رويم، يا يكى قسم مى‌خورد و ديگرى قسم نمى‌خورد (نكول) در اينجا حق را به كسى مى‌دهيم كه قسم مى‌خورد، يا اگر هر دو

قسم خوردند، تساقطا، و قاضی چون علم اجمالی دارد که زوجه برای یکی از این دو زوج است به یکی از وجوه شش گانه، تکلیف زن را روشن می کند.

حالت دوّم (زن هم در دعوی داخل شود):

در این صورت دعوی دارای سه طرف است یک طرف دعوی دو نفر است (زوجه با یکی از دو زوج) و طرف دیگر دعوی یک نفر است (زوج دیگر)، باز سراغ قواعد باب دعوی می‌رویم، اگر آن طرف دعوی که یک نفر است، اقامهٔ بیّنه کرد، حق را به او می‌دهیم، ولی اگر طرف دیگر که دو نفر هستند، اقامهٔ بیّنه کردند، (چه یکی بیّنه اقامه کند یا هر دو اقامه کنند) حق را به آن دو می‌دهیم.

اگر هر دو طرف دعوی بیّنه بیاورند، تعارضا تساقطا (در آن طرف دعوی که دو نفر هستند، چه هر دو نفر اقامهٔ بیّنه کنند یا اینکه یک نفر اقامهٔ بیّنه کند)، باز سراغ همان وجوه ششگانه در مسئلهٔ ۲۸ می‌رویم و امّا اگر نوبت به قسم برسد، اگر آن طرف دعوی که یک نفر است قسم بخورد و طرف دیگر که دو نفر است قسم نخورند (نکول) تکلیف روشن است و حق را به او می‌دهیم، و امّا اگر این طرف دعوی که یک نفر است نکول کرد، و طرف دیگر که دو نفر هستند خواستند قسم بخورند، امام می‌فرماید، هر دو (زوجِ دیگر و زوجه) باید قسم بخورند، کأنّ دو ادّعا است، یک ادّعا آن یک نفر با زوج دارد که آن ادّعا با قسم زوج تمام می‌شود، ادّعایی دیگر هم با زوجه دارد، که با قسم زوج دیگر تمام نمی‌شود، مگر اینکه زوجه خودش قسم بخورد.

ان قلت: چرا در بیّنه یک بیّنه را از دو نفر قبول می کنید؛ ولی در قسم، یک قسم را کافی نمی‌دانید، اگر در بیّنه، یکی را کافی می‌دانید در قسم هم کافی بدانید.

قلنا: بیّنه اماره است و با آمدن آن تکلیف زوج و زوجه روشن می‌شود و چون بیّنه اماره است، لوازم بیّنه هم حجت است (طریق الی الواقع)، امّا حلف، اماره نیست و شبیه اصل است و لذا لوازم آن حجّت نیست، پس وقتی یکی قسم خورد، دوّمی هم باید قسم بخورد.

و لکن الانصاف: این مسأله خالی از اشکال نیست، همانگونه که یک بیّنه کافی بود، در حلف هم یکی کافی است، نه به خاطر این که بیّنه اماره است و حلف اماره نیست؛ بلکه به خاطر این است که در اینجا یک مسأله، بیشتر نیست، چون وقتی یکی قسم خورد که این زن، زوجهٔ من است، این زن، زوجهٔ اوست و دو دعوی نیست، لانّ الزّوجیّهٔ امرٌ بسیطکه دو پایه دارد و قسم خوردن بر یک امر بسیط است، زیرا ممکن نیست که این مرد زوج باشد و زوجه نداشته باشد، پس زوج که شد، زوجه هم دارد و از قبیل متضایفینی است که دو چیز نیست، بلکه رابطهٔ بین دو چیز است. به عبارهٔ دیگر اگر مال مشترکی باشد که هر یک ادعای سه دانگ آن را دارند، در اینجا باید

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۱۰۴

هر دو قسم بخورند، چون دو چیز است ولی زوجیّت یک چیز بیشتر نیست.

نتیجه: قسم خوردن زوج و زوجه‌ای را که در یک طرف دعوی هستند نمی‌پذیریم؛ ولی بقیّهٔ مسأله را قبول داریم.

[مسألهٔ ۳۰: لو زوّج احد الوکیلین عن الرجل له امرأهً و الآخر بنتها]

اشاره

۸۸ مسئلهٔ ۳۰ (تزويج أحد الوكيلين عن الرجل له امرأة ...) ۱۵/ ۱۲/ ۷۹

مسألهٔ ۳۰: لو زوّج احد الوكيلين عن الرجل له امرأة و الآخر بنتها صحّ السّابق و لغا اللاحق، و مع التقارن بطلا معاً، و ان لم يعلم السابق فان علم تاريخ احدهما حكم بصحته (معلوم التاريخ)

دون الآخر، و ان جهل تاريخهما فإن احتمل تقارنهما يحكم ببطلان كليهما، و ان علم بعدم التقارن فقد علم بصحهٔ احد العقدين و بطلان احدهما، فلا يجوز للزوج مقاربهٔ واحدهٔ منهما، كما انّه لا يجوز لهما التمكين منه، نعم يجوز له النظر الى الام و لا يجب عليها التّستر عنه للعلم بانّه امّا زوجها او زوج بنتها، و امّا البنت فحيث انه لم يحرز زوجيّتها و بنت الزوجهٔ انّما يحل النظر اليها ان دخل بالام و المفروض عدمه فلم يحرز ما هو سبب لحلّيهٔ النظر اليها، و يجب عليها التستر عنه، نعم، لو فرض الدخول بالام و لو بالشبههٔ كان حالها حال الام.

عنوان مسأله:

اين مسأله، با مسئلهٔ ۲۸ و ۲۹ در ارتباط است در واقع عكس مسئلهٔ ۲۸ است، در مسئلهٔ ۲۸ گفتيم كه زوجه وكالت به دو نفر داده و آنها بى‌خبر از يكديگر هر كدام همسرى براى او انتخاب كرده‌اند، اين مسأله در مورد زوج است كه به دو وكيل وكالت داد، و بى‌اطّلاع از يكديگر دو همسر كه جمع بين آنها ممكن نيست براى او عقد كردند، در مسئلهٔ ۲۸ زوجه معيّن و زوجين مختلف بودند، در اين مسأله، زوج معيّن، و زوجه مختلف است، مثلًا يكى مادر و ديگرى دختر است و يا دو خواهر هستند. البته اين مسأله به طور نادر اتفاق مى‌افتد؛ ولى چون احكامى مربوط به دعاوى و باب قضا در آن است، براى بحث از قواعد فقهى مفيد است.
همان تقسيمهائى كه در مسئلهٔ ۲۸ و ۲۹ بود، در اينجا هم هست؛ ولى در مواردى، به خاطر تفاوت احكام زوج و زوجه، تفاوت مى‌كند.

مسأله سه حالت دارد:

اشاره

۱- معلومى التاريخ. ۲- احدهما معلوم. ۳- مجهولى التاريخ.

حكم حالت اوّل (معلوم التّاريخ):

هر كدام كه مقدّم باشد صحيح است و اگر مقارن بودند، چون ترجيح بلامرجح جايز نيست و هر دو هم، نمى‌تواند صحيح باشد، پس هر دو باطل است.

حكم حالت دوم (احدهما معلوم التاريخ):

معلوم التاريخ صحيح است، چون استصحاب عدم مجهول التاريخ تا زمان صدور معلوم التاريخ جارى مى‌شود، مثلًا عقدام، معلوم التاريخ و روز شنبه است؛ ولى عقد بنت معلوم نيست كه جمعه بوده يا يكشنبه، استصحاب مى‌گويد كه عقد بنت تا زمانى كه عقدام واقع شود، واقع نشده. استصحاب مى‌گويد عقدام در محل بلا مانع واقع شده است، و با لوازم آن (تأخّر عقد بنت) كارى نداريم كه اصل مثبت باشد، بلكه مى‌خواهيم بگوئيم كه عقد دختر قبلًا يا مقارن عقد مادر واقع نشده است.

استثنا: اگر قطع داشته باشیم که هر دو مقارن هستند، هر دو باطل است.

حکم حالت سوم (مجهولی التاریخ):

اشاره

دو احتمال دارد:

الف) احتمال مقارنت می‌دهیم.

ب) یقین به عدم مقارنت داریم یعنی یکی مقدم و دیگری مؤخّر است.

الف) در صورت اوّل که احتمال مقارنت می‌دهیم هر دو فاسد است و فرقی نمی‌کند که در هر دو طرف استصحاب را جاری بدانیم و بعداً هر دو استصحاب تعارضا تساقطا، و یا اینکه اصلًا استصحاب را در مجهولی التّاریخ جاری ندانیم، در هر دو صورت فرقی نمی‌کند.

ب) اگر علم داریم که احدهما مقدّم و دیگری مؤخّر است (یا مادر مقدم بوده یا دختر) در اینجا باید به مقتضای علم اجمالی عمل کرد.

وظیفهٔ شوهر چیست؟

مقتضای علم اجمالی احتیاط است که شوهر با هیچ یک مقاربت نمی‌تواند بکند چون علم اجمالی و دوران امر بین وجوب و حرمت است

وظیفهٔ زنها چیست؟

برای زنها هم تمکین جایز نیست، چون نکاح مردّد است و نکاحِ هیچ یک ثابت نیست.

آیا نگاه کردن زوج به مادر و دختر جایز است؟

به مادر می‌تواند نگاه کند چون یا زوجه و یا ام الزّوجهٔ اوست، در

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۱۰۵

اینجا از علم اجمالی، علم تفصیلی به جواز نظر و محرمیّت متولّد می‌شود. البتّه نگاهی که می‌کند اوّلًا نگاه شهوت‌آلود نمی‌تواند بکند، بلکه نگاهی که به محرم می‌توان کرد جایز است، و ثانیاً نگاه به تمام بدن هم نمی‌تواند بکند و فقط به مقدار متعارف می‌تواند نگاه کند (امام این شرط را نمی‌فرمایند).

امّا نگاه به دختر جایز نیست، چون اگر همسرش باشد، جایز است؛ ولی اگر ربیبه باشد، نگاه کردن به او وقتی جایز است که دخول به ام صورت بگیرد، امام استثنائی می‌زند، مگر آن جائی که وطی به شبهه‌ای صورت گرفته باشد، یکی از دو عقد را خبر دادند و او قبل از باخبر شدن از دومی، با مادر مقاربت کرد (وطی به شبهه) در اینجا نگاه کردن به دختر جایز است، چون دختر یا همسر است یا ربیبه‌ای است که دخول به ام هم صورت گرفته است.

تا اینجا مطلب امام تمام است؛ ولی سؤالات زیادی باقی مانده است:

۱- بحث قرعه که در مسئلهٔ قبل مطرح بود آیا در اینجا هم هست؟

۲- زنها چه کار کنند، می‌توانند شوهر کنند؟ آیا مثل واجدی المنی فی الثوب المشترک است که هر یک بتوانند شوهر کنند؟

۳- آیا حاکم شرع می‌تواند پادرمیانی کند؟

۴- آيا نفقه و مهريّه بدهد؟ اگر بدهد به كداميک بدهد؟ آيا جای تنصيف است؟

۵- چرا مسئلهٔ دعاوی در اينجا مطرح نشده است؟

۸۹ ادامهٔ مسئلهٔ ۳۰ … ۱۷/ ۱۲/ ۷۹

بقى هنا امورٌ:

الامر الاوّل: اين دو زن كه يقين داريم احـدهما زوجه است، منتهى مجهولى التاريخ هسـتند (مقارن هم نيسـتند) تكليف اين دو اگر بخواهند ازدواج كنند چيست؟

آيا هر كدام آزاد است يا اين كه بايد صبر كنند تا تكليفشان روشن شود؟

در اينجـا علم اجمالی هست ولی يكی از دو طرف علم اجمالی خارج از محل ابتلاء است، يعنی تكليف بنت به مادر مربوط نيست و تكليف مـادر هم به بنت مربوط نيست (مثـل واجـدی المنی فی الثوب المشترک كه يقين دارنـد بر احـدهما غسـل واجب است؛ ولی گفته شـده كه احتيـاط، واجب نيست، چون خطاب به دو نفر است و تكليف هر يک در غسل و نماز ربطی به ديگری نـدارد). هرجا علم اجمالی مردّد بين دو نفر شـد، احتياط بر هيچ يک واجب نيست و هر يک اصالهٔ البراءهٔ و استصـحاب طهارت جاری می‌كند، بلا معارض.

در ما نحن فيه مقتضای قاعـده اين است كه اين دو را آزاد بگـذاريم؛ ولی تنها فرقی كه دارد اين است كه بناء شارع مقـدس در باب نكـاح بر احتيـاط است، حتی گاهی در شـبههٔ بـدوی هم بنا بر احتياط است و در اينجا هم شارع راضـی نمی‌شود كه قبل از اقـدام بر طلاق، هر دو ازدواج كنند، بنابراين‌الاحوط لو لا الاقوی عدم جواز نكاح كل واحدهٔ منهما.

الامر الثانی: اگر احتياط كنند و هيچ يک ازدواج نكنند، به عسر و حرج می‌افتند، در اين صورت چه كنند؟

ابتدا به زوج می‌گوئيم كه طلاق بدهد، اگر قبول نكرد يكی از وجوه شش‌گانه حاكم است كه ما در وجوه شش‌گانه قائل به دخالت حاكم شديم.

الامر الثالث: آيا شوهر مهر المسمّی را بايد بدهد، چه طلاق دهد و چه ندهد

(مهر المسمی بمجرد عقد، واجب می‌شود و با طلاق قبل از دخول تنصيف می‌شود)؟

قاعدتاً بايد مهر بدهد.

به كداميک مهر بدهد، آيا به يكی بدهد يا تنصيف كند؟

مهر تابع واقع است و علم لازم نيست، طبق قاعـدهٔ عـدل و انصاف، در جائی كه مردّد است كه به كـداميک از دو نفر بدهكار است، در اينجا هم به هر يک از دو نفر نصف می‌دهند.

بله اگر آنهائی كه عقـد خوانده‌انـد در ثبت كردن تاريـخ كوتاهی كرده باشـند، در اين صورت زوج می‌تواند يقهٔ وكيلين را بگيرد و هر يک نصف مهر را بدهند، چون ضرر از ناحيهٔ وكيلين دامن اين شخص را گرفته است.

آيا نفقه بدهد؟ و اگر بدهد به كداميک بدهد؟

نفقه فرع بر تمكين است و اينهـا می‌گوينـد اگر شـرع اجازه دهـد، تمكين می‌كنيم و شارع به زوج هم اجازهٔ مقاربت نمی‌دهـد، پس نفقه بايـد بدهد خصوصاً اگر بگوئيم كه اين دو زن بايد صبر كنند، حتّی ما می‌گوئيم لا يبعد كه بايد دو نفقه بدهد، چون به واسـطهٔ

لجاجت زوج است که هر دو زن گرفتارند و لذا نفقهٔ هر دو را باید بدهد.

الامر الرابع: مسائل تداعی که در مسئلهٔ ۲۹ گفته شد، آیا اینجا هم تصوّر دارد؟

در اینجا نیز همان دعاوی تصوّر می‌شود، منتهی در ناحیهٔ زوجه‌ها، مثلًا مادر ادّعای سبق می‌کند و یا دختر ادّعای سبق می‌کند، گاهی یکی ادّعا می‌کند دیگری «لا ادری» می‌گوید، گاهی شوهر با

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۱۰۶

یکی همراه می‌شود، تعارض بیّنتین، تعارض حلفین ...، تمام آن بحثها در اینجا هم می‌آید، منتهی آنجا زوجین بر سر یک زوجه دعوی داشتند، در اینجا دو زوجه بر یک زوج دعوی دارند، و چه خوب بود که امام (ره) همان بحثها را در اینجا هم می‌فرمودند.

۹۰ ادامهٔ مسئلهٔ ۳۰ و فصلٌ فی اسباب التحریم ... ۲۰/ ۱۲/ ۷۹

الامر الخامس: مسئلهٔ ۲۸ و ۲۹ و ۳۰ در مورد وکیلین و ولیّین است.

در موردی که دو عقد تقارن پیدا کند، به حسب قواعد، کلاهما باطل است. مثلًا دو وکیل، زن را بدون اطّلاع از یکدیگر به عقد دو نفر درآوردند، و یا وکیل اوّلِ زید، عقد مادر و وکیل دوم که بی‌خبر از عقد اوّل بوده، عقد دختر را برای او خوانده و یا وکیل واحد در مجلس واحد و عقد واحد، دو عقد متضاد خوانده، که بیان شد علی القاعده هر دو باطل است. در اینجا دو حدیث داریم که می‌گوید مخیّر است بین انتخاب احدهما:

* محمّد بن علی بن الحسین بابویه

(صدوق)

باسناده عن ابن ابی عمیر، عن جمیل بن درّاج، عن ابی عبد اللّه علیه السلام فی رجلٍ تزوّج اختین فی عقدة واحدةٍ قال: یمسک ایّتهما شاء و یُخلّی سبیل الاخری، و قال: فی رجلٍ تزوّج خمساً فی عقدةٍ واحدة، قال: یخلّی سبیل أیتهنّ شاء «۱».

سند حدیث معتبر است و دلالت حدیث بر خلاف آنچه که ظاهر است، صریح نیست چون ممکن است

«یخلّی سبیل ایّتهنّ شاء»

اشاره به این باشد که به عقد جدید یکی را انتخاب کند و دیگری کنار بگذارد.

...* عن ابن ابی عمیر، عن جمیل بن درّاج، عن بعض اصحابه، عن احدهما علیه السلام انّه قال فی رجل تزوّج اختین فی عقدةٍ واحدة قال: هو بالخیار یُمسک ایّتهما شاء و یخلّی سبیل الاخری «۲».

اوّلًا: سند این حدیث معتبر نیست چون عن بعض اصحابه دارد، پس مرسل است.

ثانیاً: احتمال می‌دهیم که این دو روایت یک روایت بوده و حدیث قبلی هم در واقع عن بعض اصحابه بوده است. در جائی که زائد با ناقص در عبارات تعارض داشته باشد، زائد مقدّم است، چون در ناقص احتمال از قلم افتادن هست ولی این که احتمالًا چیزی اضافه شده باشد، کم است. اگر بخواهیم در ما نحن فیه به این قاعده تمسّک کنیم، علاوه بر سند، دلالت هم جای اشکال دارد، و سند هم خالی از دغدغه نیست و این که آقای خوئی سند را هم جزماً صحیح می‌داند، خالی از اشکال نیست.

مشکل مهمّ این روایت این است که این روایات از ناحیهٔ اصحاب مفتیٰ به نیست و ظاهراً مشهور نیز به متن این احادیث فتویٰ نداده‌اند، و با اعراض مشهور (مضافاً به اشکالی که بیان شد) این حدیث مشکل دارد. آقای خوئی که اعراض مشهور را نمی‌پذیرند، در عقد اختین «۳»، به این مسأله فتوی داده‌اند، ولی طبق مبنای ما درست نیست چون ما طبق مبنای مشهور در خبر واحد، اعراض مشهور را معتبر می‌دانیم مضافاً که سند و دلالت هم خالی از اشکال نیست.

اضف الی ذلک: حاجی نوری حدیثی از دعائم الاسلام نقل می‌کند که قویّاً حکم به بطلان می‌کند. این روایت و لو سندش دعائم الاسلام است ولی مؤیّد خوبی است

* دعائم الاسلام: عن جعفر بن محمّد علیه السلام، انّه سئل عن رجلٍ تزوّج اختین او خمس نسوة فی عقدة واحدة، قال ...: فان لم یعلم من بدأ باسمائهنّ منهنّ بطل النکاح کلّه «۴».

صاحب قواعد قائل به بطلان است و این روایت هم مؤیّد بر بطلان است.

نتیجه:

اگر بخواهیم یک قاعدهٔ مسلّم را به خاطر یک روایت شاذ کنار بگذاریم و قائل به تخییر شویم، خلاف احتیاط است، در حالی که به سادگی می‌توان صیغه را تکرار کرد.

تمّ الکلام فی باب عقد النّکاح

فصلٌ فی اسباب التّحریم

اشاره

در این باب اسباب تحریم (زنان حلال و حرام) را بررسی می‌کنیم. اسباب تحریم را مختلف ذکر کرده‌اند.

الف: امام (ره): هشت سبب

اسباب التحریم اعنی ما بسببه یحرم و لا یصحّ تزویج الرجل بالمرأة و لا یقع الزّواج بینهما، و هی امورٌ: النسب و الرضاع و المصاهرة و ما یلحق بها و الکفر (ازدواج با زن کافرهٔ غیر کتابی و در

---

(۱) ح ۱، باب ۲۵ من ابواب ما یحرم بالمصاهرة.

(۲) ح ۲، باب ۲۵ من ابواب ما یحرم بالمصاهرة.

(۳) مستند العروة، باب محرّمات بالمصاهرة، ذیل مسئلة ۴۴.

(۴) مستدرک الوسائل، ج ۱۴، ح ۱، باب ۲۵ از ابواب مصاهرة.

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۱۰۷

کتابی هم ازدواج دائم حرام است و یا در صورت ارتداد عقد خودبخود باطل می‌شود)

و عدم الکفاءة (ممکن است مراد، عدم کفائت عرفی باشد ولی کفائهٔ عرفی شرط نیست، مگر اینکه بگوئیم ولیّ در حال صغر وقتی می‌خواهد عقد کند، علاوه بر کفائت شرعی (اسلام) کفائت عرفی را هم در نظر بگیرد و احتمالات دیگری هم ممکن است)

و استیفاء العدد (خامسة)

و الاعتداد (در عدّه)

و الاحرام (در حال احرام).

ب: مرحوم محقّق در شرایع: شش سبب

اسباب التحریم و هی ستة: النسب و الرضاع و المصاهرة و استیفاء العدد و اللعان و الکفر «۱»

بین این شش مورد و هشت موردی که امام بیان کرده است، عموم خصوص من وجه است یعنی بعضی اسباب را شرایع دارد که در تحریر نیست و بعضی اسباب در تحریر است که در شرایع نیست.

مرحوم صاحب مسالک در شرح عبارت شرایع از محقق دفاع می کند و می گوید:

حصر المحرّمات فی ستهٔ بحسب ما اقتضاه المقام و الّا فالاسباب اکثر من ذلک مذکورهٌ فی تضاعیف الکتاب «۲» (اثناء کتاب شرایع).

ج: صاحب جواهر «۳»: بیست و یک سبب

۱- نسب. ۲- رضاع. ۳- مصاهرهٔ. ۴ و ۵- نظر و لمس (در جائی که پدر امه‌ای داشته باشد و به او نظر کند یا بدن او را از روی شهوت لمس کند، سبب تحریم او بر پسر می‌شود یعنی منظورهٔ و ملموسهٔ الاب تحرم علی الابن). ۶- الزنا بها (مثل زنا به ذات بعل، سبب حرمت ابدی می‌شود). ۷- زنا بغیرها (به زنی که زنا کرده، سبب می‌شود دختر حرام شود که محل بحث است؛ ولی در زنا به عمه و خاله روایت داریم). ۸- الایقاب (لواط که سبب حرمت ابدی سه کس می‌شود، خواهر و مادر و دختر موطوئه). ۹- الافضاء (کسی که دختری را افضاء کند و لو معقوده‌اش باشد سبب حرمت ابدی می‌شود). ۱۰- الکفر. ۱۱- عدم الکفاءهٔ. ۱۲- الرّق (ازدواج با کنیز برای آزاد حرام است الّا بشرطین: پولی ندارد که زن آزاد و حر بگیرد و یا خوف وقوع در گناه را دارد.)

۹۱ فصلٌ فی اسباب التحریم ... ۲۱/ ۱۲/ ۷۹

۱۳- تبعیض السبب (امه‌ای است مشترک در بین دو نفر که احد الموالی عقد او را اجازه می‌دهد و مولای دیگر اجازه نمی‌دهد و ممکن است اشاره به عقد دختر خواهر و دختر برادر باشد که بدون اجازهٔ عمه و خاله باطل است به این بیان که، اگر زوج بخواهد با دختر برادر یا دختر خواهرِ زوجهٔ خود ازدواج کند اذن زن در اینجا شرط است، پس رضایت مرد و آن دختر جزء سبب است و جزء دیگر رضایت زوجه (عمه و خاله) است که اگر رضایت آن حاصل نشود، عقد باطل است، و یا نسبت به باکرهٔ رشیده، آنهائی که اجازهٔ ولی را شرط می‌دانند اگر اجازهٔ یکی از آن دو [دختر و ولی] باشد، تبعیض سبب است).

۱۴- استیفاء العدد. ۱۵- الاحصان (زن شوهردار). ۱۶- اللعان (اگر مردی به زن خود نسبت زنا دهد و نفی ولد از خودش کند و شاهدی هم نداشته باشد ملاعنه می‌شود، مرد پنج بار قسم می‌خورد زن هم پنج بار قسم می‌خورد، سپس زن و مرد بر هم حرام ابدی می‌شوند). ۱۷- قذف الصّماء و الخَرساء (اگر به زنی که کر و لال است، نسبت زنا دهد، زن بر شوهر حرام ابدی می‌شود). ۱۸- الطلاق (طلاق سوم سبب حرمت می‌شود بدون محلّل، و طلاق نهم سبب حرمت ابدی می‌شود). ۱۹- الاعتداد (کون المرأهٔ فی عدّهٔ الغیر). ۲۰-

الاحرام (نکاح زن و مرد در حال احرام حرام است و اگر عالماً و عامداً باشد حرمت ابدی دارد). ۲۱- التعظیم (نساء النبی صلی الله علیه و آله به خاطر احترام حضرت برای دیگران حرام بودند).

ظاهراً موارد دیگری هم غیر از این موارد وجود دارد.

ان قلت: چرا قرآن زنان پیامبر را از ازدواج کردن محروم کرد از جمله عایشه که در زمان رحلت پیامبر حدوداً بیست‌ساله بود.

قلنا: کسی که چنین سخنی می گوید از دو نکته آگاهی ندارد:

اوّلًازنان پیامبر با آغوش باز از این مسأله استقبال کرده و در بین مؤمنین عظمت خاصی پیدا کردند و به عنوان «امّهات المؤمنین» خوانده می‌شدند و در هیچ جا دیده نشده است که از این حکم الهی گلایه‌ای داشته باشند، پس وقتی خود، افتخار بدانند و راضی باشند، نمی‌توانید از آنها دفاع کنید. این سخن را کسی می گوید که زن را فقط در مورد علایق جنسی بشناسد و شخصیّت او را در علایق جنسی بداند.

ثانیاً: بعضی انسانها در یک شرایط اجتماعی قرار می گیرند که باید از خود فداکاری نشان بدهند. اگر زنان پیامبر آزاد بودند که

ازدواج کنند، مورد بهره‌برداری سوء افراد دیگر قرار می گرفتند که

---

(۱) ج ۲، ص ۵۰۶.

(۲) ج ۷، ص ۱۹۸.

(۳) ج ۲۹، ص ۲۳۷.

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۱۰۸

سبب می‌شـد، احترام پیامبر از بین برود و مفسده‌ای در درون جامعهٔ اسـلامی ایجاد گردد، و لذا باید برای حفظ حرمت پیامبر و حفظ حریم جامعهٔ اسـلامی چنین فداکاری داشـته باشـند. در جائی که شوهر مرحوم می‌شود و زن برای بزرگ کردن بچّه‌های خود شوهر نمی کنـد و فداکاری می کند، و عقلا او را مدح می کنند، پس در اینجا که همسـر پیامبر به خاطر حفظ جامعه فداکاری می کند، قطعاً پسندیده و مورد ستایش است.

القول فی النسب

اشاره

یحرم بالنسب سبعهٔ اصناف من النساء علی سبعهٔ اصناف من الرجال: الام

[اول از صنوف هفت گانه مادر است]

اشاره

(مادر که در اینجا گفته می‌شود دامنه‌اش وسـیع است و شامل مادر، مادرِ مادر، مادرِ پـدر، مادرِ مادر، مادرِ مادرِ پـدر ...، و خلاصـه هرکس که انسان از او با واسطه یا بی‌واسطه تولّد یافته است می‌شود).

بمـا شـملت الجدّات عالیـات و سافلات، لابٍ کنّ أو لأمٍ، فتحرم المرأهٔ علی ابنها و علی ابن ابنها و ابن ابن ابنها و علی ابن بنتها و ابن بنت بنتهـا و ابن بنت ابنهـا و هکـذا، و بالجملـهٔ تحرم علیً کلّ ذکر ینتمی الیها بالولادهٔ، سواءٌ کان بلا واسـطهٔ او بواسـطهٔ او وسائط، و سواءٌ کانت الوسائط ذکوراً او اناثاً او بالاختلاف.

صاحب مسالک و صاحب جواهر تعبیر خوبی دارند:

«کلّ امرأهٔ ولدتک بالواسطهٔ أو بلا واسطهٔ»

این مسأله از مسلّمات است و بقدری مسلّم است که در مسأله، ذکر اقوال نمی کنند، ولی بحث این است که مدرک این حکم غیر از این تسلّم چیست؟ بعضی به آیهٔ: «حُرِّمَتْ عَلَیْکُمْ أُمَّهَاتُکُمْ » «... ۱» تمسّک کرده‌انـد. منتهی بحث در این است که آیا امّهات در آیه شامل همهٔ اینها می‌شود یا نه امّهات همان مادر بلاواسطه است و بقیّه جدّه هستند، آیه شامل جدّات نمی‌شود و حکم جدّات از سیره و روایات اسـتفاده می‌شود. صاحب جواهر می‌فرماید آیه عام است و «أُمَّهَاتُکُمْ» در آیه شامل تمام زنانی که در مسیر ولادت هسـتند می‌شود، البتّه کلام ایشان خالی از اشکال نیست.

۹۲ القول فی النسب ... ۲۲/ ۱۲/ ۷۹

مرحوم نراقی بعد از ذکر محرّمات نسبی می‌فرماید:

و تحریم هؤلاء مجمع علیه بین الامّـهٔ، بل علیه الضـرورهٔ الدینیّهٔ، و مصـرّح به فی الجملهٔ فی الکتاب و السـنهٔ «۲» (در کتاب و سـنت به

جهت وضوح، مسأله اجمالًا مطرح شده و شاخ و برگها نیامده است)

صاحب ریاض بعد از انکار دلالت آیهٔ ۲۳ سورهٔ نساء بر عموم، چنین می‌فرماید: «فاذاً الحجّة التامة اجماع الامة» «۳»

از این عبارات معلوم می‌شود که این مسأله از مسائلی است که در بین شیعه و سنّی اجماعی است.

آیا می‌توان از آیهٔ شریفهٔ سورهٔ نساء «۴» این عمومیّت را استفاده کرد؟

بعضی مثل صاحب جواهر می‌فرمایند که آیه دلالتش جامع است و بعضی دیگر مثل محقق نراقی می گویند که آیه دلالتش اجمالی است و لو لا الاجماع نمی‌توانیم بر تمام موارد به آیه استدلال کنیم.

خلاصهٔ بیان صاحب جواهر چنین است:

ما قبول داریم که «امّ» در غیر مادر بلاواسطه مجاز بوده و «امّ مع الواسطه» اسمش «جدّه» است منتهی می‌فرماید: فمجاز الا أنه مراد فی خصوص الآیهٔ «۵» و چهار قرینه ذکر می کند:

قرینهٔ اوّل: اجماع المفسّرین علی عمومیّهٔ معنی الآیهٔ

قرینهٔ دوم: آیهٔ ۲۴ می‌فرماید «وَ أُحِلَّ لَکُمْ ما وَراءَ ذلِکُمْ» آیه هفت صنف محارم نسبی، محارم رضاعی و محارم سببی را می‌شمارد بعد می‌فرماید که غیر از اینها حلال است، صاحب جواهر می‌فرماید اگر ما آیه را منحصر به مادر بلاواسطه بدانیم پس باید غیر مادر بلاواسطه (مثل دختر و عمّه و خاله ... که عام است و مع الواسطه و بلاواسطه را شامل می‌شود) از «أُحِلَّ لَکُمْ ما وَراءَ ذلِکُمْ» استثنا شود و این از موارد تخصیص اکثر و قبیح است (این عبارت مضمون بیان صاحب جواهر است) پس می گوئیم آن عناوین سبعه عام است یعنی امّهات، اعم از با واسطه و بی‌واسطه و بنات، اعم از بلاواسطه و با واسطه ... است.

قرینهٔ سوم: هر انسانی یک مادر دارد پس چرا «امّهاتکم» در آیه جمع آمده است؟ لا بد مراد از امّهات مادرهای با واسطه هم می‌باشد.

حال که در «امّ» قائل شدیم که مع الواسطه هم داخل است، بنات و خالات هم با اتّحاد سیاق شامل با واسطه می‌شود، اگر چه در ناحیهٔ عمّات و خالات و بنات تعدّد تصوّر می‌شود.

ان قلت: شاید صیغهٔ جمع به خاطر تعدّد مخاطبین است.

قلنا: این خلاف ظاهر است، ظاهر این است که صیغهٔ جمع به

---

(۱) آیهٔ ۲۳، سورهٔ نساء.

(۲) مستند نراقی، ج ۱۶، ص ۲۲۰.

(۳) ریاض، ج ۲، ص ۸۵.

(۴) آیهٔ ۲۳، سورهٔ نساء.

(۵) جواهر، ج ۲۹، ص ۲۴۰.

خاطر تعدّد مادر است، عبارت جواهر چنین است: لانّ خطاب الجماعهٔ للعموم، و مقتضاه ثبوت الحکم لکل واحد دون المجموع.

قرینهٔ چهارم: احادیثی که در تفسیر آیه آمده است آیه را عام می‌داند، البتّه احادیث کاری به مسئلهٔ حرمت نکاح ندارد و می‌خواهد ثابت کند که امام حسن علیه السلام و امام حسین علیه السلام ابن رسول اللّه صلی الله علیه و آله بودند، چون مخالفینی معتقد بودند که پسرِ دختر، پسر نیست، ائمه استدلال کردند که اینها «ابن حقیقی» هستند چون زنان پیامبر، اگر بر امّت حرام نمی‌شدند، نمی‌توانستند با امام حسن علیه السلام و امام حسین علیه السلام ازدواج کنند، و هکذا اگر پیامبر زنده می‌ماند، نمی‌توانست زنان

مطلّقهٔ امام حسن عليه السلام و امام حسين عليه السلام را تزويج كند، چون قرآن مى‌فرمايد «وَ لا تَنْكِحُوا ما نَكَحَ آباؤُكُمْ مِنَ النِّساءِ» «۱» و «وَ حَلائِلُ أَبْنائِكُمُ» «۲» پس شما كه نمى‌توانيد بگوئيد كه زنان اينها بر پيامبر حلال است، چگونه مى‌گوئيد كه اينها پسر حضرت رسول اكرم صلى الله عليه و آله نيستند، پس از اينجا معلوم مى‌شود كه آيه آباء با واسطه و ابناء با واسطه را مى‌گيرد، پس امّهات هم در آيه امهات با واسطه را شامل مى‌شود.

* عن محمّد بن مسلم عن احدهما عليه السلام انّه قال: لو لم تحرم على الناس ازواج النبى صلى الله عليه و آله لقول اللّه عزّ و جلّ: «وَ ما كانَ لَكُمْ أَنْ تُؤْذُوا رَسُولَ اللّهِ وَ لا أَنْ تَنْكِحُوا أَزْواجَهُ مِنْ بَعْدِهِ أَبَداً». حُرِمْنَ على الحسن و الحسين بقول اللّه عزّ و جلّ: «وَ لا تَنْكِحُوا ما نَكَحَ آباؤُكُمْ مِنَ النِّساءِ» و لا يصح للرجل أن ينكح امرأة جدّه «۳».

...* عن ابى الجارود عن ابى جعفر عليه السلام فى احتجاجه على انّ الحسن و الحسين عليه السلام ابنا رسول اللّه صلى الله عليه و آله قال انّ اللّه يقول: «حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهاتُكُمْ وَ بَناتُكُمْ وَ أَخَواتُكُمْ» الى قوله «وَ حَلائِلُ أَبْنائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلابِكُمْ». فسلهم هل يحلّ لرسول اللّه صلى الله عليه و آله نكاح حليلتيهما فان قالوا نعم كذبوا و ان قالوا لا فهما و اللّه ولداه لصلبه و ما حرما عليه الا للصلب. «۴»

ظاهر كلام صاحب جواهر اين است كه اين روايات نشان مى‌دهد كه امهات و ابناء و بنات عام است. صاحب جواهر در آخر مى‌فرمايد كه من تعجّب مى‌كنم از كسانى كه عموميّت آيه را، با وجود قرائن انكار كرده‌اند، هذا تمام كلامه ببيان منّا.

بخشهائى از كلام ايشان قابل مناقشه است:

اوّلًااين كه فرمودند اجماع مفسّرين داريم، اگر بر فرض هم باشد حجّيّتى در باب احكام ندارد و فقط مؤيّد است.

ثانياًدر مورد قرينهٔ سومى كه فرمودند هر كسى يك مادر دارد و جمع بودن صيغه به جهت جمع بودن مخاطبين نمى‌باشد، بايد بگوئيم چون مخاطب جمع است صيغهٔ جمع به كار رفته است و آيات زيادى داريم كه به جهت جمع بودن مخاطبين صيغهٔ جمع به كار رفته است، مثلًا در آيات زيادى است كه «أَلْسِنَتُكُمْ» * به صورت جمع استعمال شده است (در قرآن سه بار ألسنتكم و شش بار ألسنتهم وجود دارد) هر انسانى هم يك زبان بيشتر ندارد و در اينجا جمع بستن به جهت تعدّد مخاطبين است و در «افواه» هم همينطور است (در قرآن در دو مورد افواهكم ده مورد افواههم وجود دارد) در حالى كه هر كس يك دهان دارد پس به جهت تعدّد مخاطبين است كه جمع استفاده شده است و در حدود بيست مورد داريم كه به اعتبار تعدّد مخاطبين، صيغهٔ جمع استعمال شده است، پس اينكه صاحب جواهر مى‌فرمايند، خلاف ظاهر است، درست نيست.

امّا در مورد روايات بايد گفت كه، سند روايت دوم، ابى الجارود (زياد بن المنذر) است كه روايات زيادى در مذمّت او وارد شده، حتّى برخى از طوائف منحرفه به نام جاروديّه و يا سرحوبيّه به او منتسب هستند، پس روايت دوم از نظر سند مشكل دارد ولى روايت اوّل سندش معتبر است و در اين حديث امام به آباء و ابناء استدلال مى‌كند كه مع الواسطه را هم شامل مى‌شود، وقتى آباء و ابناء با واسطه در آيهٔ ۲۳ وارد باشد امهات و بنات مع الواسطه هم بايد در آيه وارد باشد.

۹۳ القول فى النسب ... ۲۳/ ۱۲/ ۷۹

قرينهٔ ديگرى هم ما اضافه مى‌كنيم و آن اين كه امام عليه السلام به عنوان تعبّدِ امامت به اين آيه استدلال نمى‌كند، بلكه در مقابل مخالفين استدلال مى‌كند، يعنى همه از آيه، عموميّت را مى‌فهمند، نه تنها كسانى كه اطاعت امام عليه السلام را واجب مى‌دانند، بلكه مخالفين هم نمى‌توانند انكار كنند. به عبارت ديگر، ارتكاز ذهن در مسئلهٔ محرّماتِ نكاح، عموميّت است به خلاف ابواب ديگر، بعنوان مثال اگر كسى وصيّت كند كه به دخترم يا مادرم اين مبلغ را بدهيد، وصيّت او، مادرِ مادر يا دخترِ دختر را نمى‌گيرد، بنابراين شكى نيست كه ارتكاز ذهن در موارد ديگر بلاواسطه است؛ ولى در باب نكاح، ارتكاز ذهن عموميّت است، يعنى در امر نكاح يك نوع ارتكاز

(۱) آیهٔ ۲۲، سورهٔ نساء.

(۲) آیهٔ ۲۳، سورهٔ نساء.

(۳) ح ۱، باب ۲ از ابواب محرّمات بالمصاهرهٔ.

(۴) ح ۱۲، باب ۲، از ابواب محرّمات بالمصاهرهٔ.

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۱۱۰

ذهنی عرفی بر تسرّی است و امام علیه السلام هم به آن استدلال می‌فرماید، بنابراین تعمیم در آیهٔ شریفه واقعیّت دارد و حق با صاحب جواهر است.

بقی هنا امران:

الامر الاوّل: آیا از نظر قواعد اصولی و ادبی، ارادهٔ اعم، از لفظ امّ و بنت ممکن است،

به این صورت که استعمال لفظ در اکثر از معنی واحد باشد یعنی جمع بین معنی حقیقی (امّ بلاواسطه) و مجازی (امّ مع الواسطه) شده باشد یا این که بگوئیم که قدرِ جامعی (کسانی که در طریق ولادت قرار گرفته باشند) بین معنی حقیقی و مجازی است و لفظ در آن استفاده شده است.

ما هر دو را جایز می‌دانیم (هم استعمال لفظ در اکثر از معنای واحد و هم در قدر جامع) و در بحث استعمال لفظ مشترک در اکثر معنا «۱» گفتیم که هیچ مشکلی ندارد و مشکلاتی که گفته شده خیالات است و اشعار کثیره‌ای از عرب داریم که لفظ در معانی متعدد به کار رفته است، البتّه راه دوم بهتر است که معنی واحد جامع باشد (ولادت بلاواسطه و مع الواسطه را شامل شود) پس از این جهت مشکلی نداریم.

الامر الثانی: نکته‌ای که در تحریر به آن اشاره نشده است [مقابل این اصناف سبعهٔ محرّمه من النساء، اصناف سبعهٔ محرمهٔ من الرجال داریم]

اشاره

ولی بسیاری از فقهاء (مثل صاحب جواهر و صاحب شرایع) به آن اشاره کرده‌اند، این است که مقابل این اصناف سبعهٔ محرّمه من النساء، اصناف سبعهٔ محرمهٔ من الرجال داریم، وقتی مادرِ من بر من حرام شد، من هم به مادر خود حرام هستم به عبارت دیگر خطاب آیه که می‌فرماید: «حُرِّمَتْ عَلَیْکُمْ » ... همین آیه با تغییر خطاب «حُرِّمَ علیکنَّ أبناؤکُنَّ » ... می‌شود.

پس کما این که سبعهٔ من النّساء برای رجال حرام است، سبعهٔ من الرجال هم بر نساء حرام است.

در آیهٔ: «قُلْ لِلْمُؤْمِناتِ یَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصارِهِنَّ ». «... ۲» آباء و ابناء و اخوان، جای امّهات و بنات و اخوات را گرفته است، یعنی مردان جانشین زنانی که در سورهٔ نساء آمده بود، شده است، به عبارت دیگر در اینجا مخاطب زنان هستند و در آنجا مخاطب مردان بودند.

سؤال: در سورهٔ نساء هفت قسم از مردان ذکر شده است؛ ولی در سورهٔ نور، پنج دسته: ۱- آبائهن. ۲- ابنائهن. ۳- اخوانهنّ. ۴- بنی اخوانهنّ. ۵- بنی اخواتهن. عمّات و خالات که در سورهٔ نساء بود، مردانِ مقابل آن (عمو و دائی) در اینجا نیست، چرا آن دو ذکر نشده است؟

آن دو عنوانی که در اینجا ذکر نشده است، به دلالت التزامیّه از دو تا از عناوین مذکور فهمیده می‌شود، یعنی وقتی آیه می گوید بنی

اخوانهنّ به خاطر نسبتی که برادر با خواهر دارد، دختر خواهر (خواهرزاده) را هم نسبت به برادر (دائی) شامل می‌شود. و وقتی آیه عمه را نسبت به پسر برادر شامل شود، عمو را هم با دختر مقابلش (دخترِ برادر) شامل می‌شود.

۹۴ القول فی النسب ... ۲۷/ ۱۲/ ۷۹

دلیل:

۱- ملازمهٔ عرفیّه:

وقتی مادر بر پسر حرام باشد، پسر هم بر مادر حرام است. در سورهٔ نور آیهٔ ۳۱، همین اصناف ذکر شده‌اند و فقط اعمام و اخوال ذکر نشده است. پس دلیل بر حرمت هفت صنف از رجال، ملازمهٔ آن با حرمت هفت صنف از نساء است.

۲- ملازمهٔ عقلیّه:

بعضی گفته‌اند که دلیل آن تلازم عقلی است لِانَّ الزّوجیّة امرٌ بسیط غیر قابلٍ للتّجزیهٔیا حلال است یا حرام و امر بسیط ابعاض ندارد. صاحب جواهر به این دلیل ایراد می‌کند و می‌فرماید منظور از زوجیّت، اگر انشاء است، إنشاء بسیط نیست بلکه مرکب از ایجاب و قبول است و اگر منظور وطی است (که از آثار زوجیّت است) آن هم مرکب است از فعل قائم بالواطی و فعل قائم بالموطوئه، و مانعی ندارد که یکی حرام و یکی حلال باشد. پس این دلیل تمام نیست و لذا در باب بیع وقت النداء (إِذا نُودِیَ لِلصَّلاةِ مِنْ یَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلى ذِکْرِ اللّهِ وَ ذَرُوا الْبَیْعَ) «... ۳» گفته شده برای کسی که اقامهٔ نماز جمعه بر او واجب است (حاضر) بیع حرام است و برای کسی که اقامهٔ نماز جمعه بر او واجب نیست (مسافر) حلال است، پس یک معامله نسبت به یکی (مسافر) حلال و نسبت به دیگری (حاضر) حرام است.

قلنا: کلام صاحب جواهر درست نیست و در اینجا دو چیز با هم مخلوط شده است، حکم تکلیفی و حکم وضعی، به عبارت دیگر ما یک بیع سببی داریم و یک بیع مسبّبی، همینطور در نکاح، (عقد سببی و مسببی از زمان شیخ انصاری مرسوم شد)، بیع سببی، انشاء ایجاب و قبول و بیع مسبّبی، نقل و انتقال است، در نکاح هم یک انشاءِ زوّجت و قبلتُ است و یک علقهٔ زوجیّت، که این علقهٔ زوجیّت امر بسیط است و صحّت نکاح یعنی همان علقهٔ زوجیّت. در

---

(۱) أنوار الأصول، ج ۱، ص ۱۴۶ الی ۱۵۴.

(۲) آیهٔ ۳۰، سورهٔ نور.

(۳) آیهٔ ۹، سورهٔ جمعه.

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۱۱۱

بیع مسبّبی هم نقل و انتقال بسیط است چون ممکن نیست از ملک من خارج شود و در ملک دیگری داخل نشود. در ما نحن فیه ممکن نیست که علقه را تجزیه کنیم، اگر هست در هر دو طرف هست و اگر نیست در هیچ کدام نیست، و امّا بیع وقت النداء که می‌گوئیم حرام است، از نظر تکلیفی قابل تجزیه است نه از نظر وضعی که برای مسافر و مجاور، هر دو صحیح است. در نکاح هم بحث در حکم وضعی (عدم حصول علقهٔ زوجیّت) است یعنی وقتی با آن زن نمی‌تواند ازدواج کند، آن زن هم با آن مرد نمی‌تواند ازدواج کند.

ان قلت: با این که این تلازم بین محرّمات سبعه از ناحیهٔ رجال و محرّمات سبعهٔ از ناحیهٔ نساء وجود دارد، چرا در سورهٔ نساء هفت

صنف ذکر شده است ولی در سورهٔ نور، آیهٔ حجاب، پنج صنف؟

قلنا: اینها با هم تلازم دارند، چون وقتی دختر برادر بر کسی حرام باشد، او نیز که عمویش است بر آن دختر حرام است و وقتی دختر خواهر بر کسی حرام باشد او نیز که دائی‌اش است بر آن دختر حرام است، بنابراین دائی و عمو، با بنت الاخ و بنت الاخت تلازم دارد.

ان قلت: اگر این ملازمه هست چرا خداوند در سورهٔ نساء به همان پنج مورد قناعت نکرده است تا دو مورد دیگر (عماتکم و خالاتکم) با ملازمه معلوم شود؟

قلنا: لعل سرّ آن این است که نکاح امر مهمّی است و باید به این امر مهم تصریح شود و به ملازمه قناعت نشود تا بهانه به دست کسی نیفتد.

بحث «امّ» از صنوف هفت‌گانه روشن شد،

و امّا بقیّهٔ صنوف:

اشاره

«بنت» که حرام باشد، بنت بنت و بنت ابن، بنت بنت ابن، بنت بنت بنت و همینطور شاخه‌های دیگر آن تا آخر حرام هستند.

«بنات الاخ» هم که حرام باشد، بنت ابن اخ و بنت بنت اخ و همینطور شاخه‌های دیگر آن تا آخر حرام هستند.

«بنات الاخت» که حرام باشد، بنت بنت الاخت و بنت ابن الاخت و همینطور شاخه‌های دیگر آن تا آخر حرام هستند (فرق نمی‌کند که اخت یا اخ، ابوینی، ابی، یا امّی باشند و تمام دختران آنها حرام است، خواه مع الواسطه یا بلاواسطه).

«عمه» که حرام باشد، عمّهٔ پدر و مادر، عمّهٔ جدّ پدری، عمّهٔ جدّ مادری، عمّهٔ جدّ ابوینی ... همه حرام هستند.

«خاله» که حرام باشد، خالهٔ پدر و مادر، خالهٔ جدّ پدری، خالهٔ جدّ مادری و خالهٔ جدّ ابوینی ... همه حرام هستند.

تمام این اصناف با تمام شاخ و برگهایش مثل «امّ» هستند.

دلیل:

دلیل ما در این پنج طایفه همان مطالبی است که در ناحیهٔ «امّ» گفته شد.

۱- اجماع

۲- ضرورت دین

۳- آیهٔ ۲۳ سورهٔ نساء با استفاده از دو قرینه، یکی روایاتی که در مورد ابناءِ رسول اللّه صلی الله علیه و آله وارد شده و دیگری آیهٔ ۲۴ سورهٔ نساء «وَ أُحِلَّ لَکُمْ مّا وَراءَ ذلِکُمْ» که اگر این موارد را وارد نکنیم، آیهٔ قبلی تخصیص می‌خورد و حال آن که تخصیص اکثر قبیح است.

«اخت»، خواهر انسان بر انسان حرام است (خواهر ابی، امّی، و ابوینی) ولی خواهرِ خواهر نداریم. در شش طایفهٔ قبلی سافلات و عالیات داشتیم ولی در خواهر، سافلات و عالیات نداریم.

بقی هنا شیء:

برای محرمات سبعهٔ نسبی به روایاتی استدلال شده است (ما روی قرآن و اجماع و ضرورت دین تکیه کردیم) که این روایات در

پنج باب وارد شده است (ابواب ما یحرم بالنسب، باب ۱ در تحریم امّ، باب ۲ در تحریم بنت، باب ۳ در تحریم اخت، باب ۴ در تحریم عمه و خاله و باب ۵ در تحریم بنت الاخ و بنت الاخت)، تحریم تمام اصناف سبعه در این پنج باب آمده است.

استدلال به این روایات خوب، ولی قلیل الفائده است، چون:

اوّلًا: بسیاری از روایات متن آیه را ذکر کرده و چیز اضافه‌ای ندارد یعنی دلیل مستقلی نمی‌شود، حتّی حکم «یحرم» هم ندارد، پس فقط تأکید است.

ثانیاً: بقیهٔ روایات هم فقط اصناف سبعهٔ بلاواسطه را می گوید، در حالی که قرینهٔ بر عمومیّت در روایات نیست، بخلاف آیه که قرینه داشت (أُحِلَّ لَکُمْ مّا ورَاءَ ذٰلِکُمْ). اصناف سبعهٔ بلاواسطه از واضحات است و مشکل در مورد مع الواسطه است، در حالی که فقط یک روایت تصریح به مع الواسطه دارد که این روایت در مورد بنت است.

...* عن هانی بن محمد بن محمود، عن أبیه رفعه الی ابی الحسن موسی بن جعفر علیه السلام انّه قال للرشید فی حدیث یا امیر المؤمنین

(از باب تقیّه)

لو انّ النّبی نُشر

(پیامبر زنده شود)

فخطب الیک کریمتک

(دختر تو را)

هل کنت تجیبه؟ فقال وَ لِمَ لا اجیبه؟ فقال أبو الحسن علیه السلام: و لکنّه لا یخطب الیّ و لا اجیبه، قال: وَ لِمَ؟ قال: لانَّه

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۱۱۲

وَلَدَنی و لَم یَلدک. «۱»

این روایت از نظر دلالت خوب؛ ولی مشکل سندی دارد (مرفوعه)، البتّه به عنوان مؤیّد خوب است.

[مسألهٔ ۱: لا تحرم عمّهٔ العمّهٔ و لا خالهٔ الخالهٔ ما لم تدخلا فی عنوانی العمّهٔ و الخالهٔ و لو بالواسطهٔ]

اشاره

۹۵ مسئلهٔ ۱ (فی تحریم العمّهٔ ...) ۲۸/ ۱۲/ ۷۹

مسألهٔ ۱: لا تحرم عمّـهٔ العمّهٔ و لا خالهٔ الخالهٔ ما لم تدخلا فی عنوانی العمّهٔ و الخالهٔ و لو بالواسـطهٔ، و هما قد تدخلان فیهما فتحرمان، کما اذا کانت عمتک اختاً لابیک لاب و ام أو لاب، و لأبی ابیک اخت لاب أو امّ اولهما فهـذه عمّـهٔ لعمّتک بلا واسـطهٔ، و عمّهٔ لک معهـا، و کمـا اذا کانت خالتک اختاً لامّک لأمّها او لامّها و أبیها و کانت لامّ امّک اخت فهی خالـهٔ لخالتک بلا واسطهٔ، و خالـهٔ لک معهـا، و قـد لاـ تـدخلان فیهمـا فلاـ تحرمان، کما اذا کانت عمّتک اختا لابیک لامّه لا لابیه و کانت لأبی الاخت اخت فالاخت الثانیهٔ عمّـهٔ لعمّتک و لیس بینک و بینها نسب اصـلا، و کما اذا کانت خالتک اختا لامّک لابیها لا لامّها و کانت لامّ الاخت اخت فهی خالهٔ لخالتـک و لیست خالتـک و لو مع الواسـطهٔ، و کـذلک اخت الاـخ أو الاـخت انّمـا تحرم اذا کانت أختا لا مطلقا، فلو کان لک اخ او اخت لابیک و کانت لامّها بنت من زوج آخر فهی اخت لاخیک أو أختک و لیست اختا لک لا من طرف ابیک و لا من طرف امّک فلا تحرم علیک.

عنوان مسأله:

در این مسأله دو مطلب مهم وجود دارد، یکی راجع به خواهرِ خواهر و دیگری راجع به عمّهٔ عمّه و خالهٔ خاله است که اینها گاهی بر انسان حرام می‌شوند و گاهی نه، مرحوم امام ابتدا عمّهٔ عمّه و خالهٔ خاله را بیان کرده است بعد خواهرِ خواهر را.

خواهرِ خواهر در کجا حرام است؟ خواهرِ خواهر در جائی که همه ابوینی و یا ابی و یا امّی باشند، حرام خواهد بود. امّا اگر فاطمه که با زید خواهر ابی است، با زینب خواهر امّی باشد، زینب خواهر فاطمه است؛ ولی خواهر زید نیست. چون نه پدرشان یکی است و نه مادرشان و با هم هیچ اشتراک نسبی ندارند. در اینجا نکاح خواهرِ خواهر بر زید حرام نیست.

دلیل:

حدیث خوبی در این باره داریم:

...* عن ابی جریر القمی

(زکریا بن ادریس و یا زکریا بن عبد الصمد که هر دو را تأیید کرده‌اند و می‌شود به آن اعتماد کرد، رجال قبلی سند هم خوب است و بعید نیست که حدیث معتبر باشد)

قال: سألت أبا الحسن موسی علیه السلام أُزوّج أخی من امّی أختی من أبی؟

فقال أبو الحسن علیه السلام زوّج ایّاها ایّاه أو زوّج ایّاه ایّاها «۲»

(ظاهراً تردید از راوی است).

روایت دیگری هم داریم که امام می‌فرماید:

«ما احبّ له ذلک» «۳»

که ظاهراً حمل بر کراهت می‌شود چون ممکن است که مردم اشتباه کنند و فکر کنند که نکاح اخت جایز است.

و من هنا یظهر الحال فی العمّة و الخالة:

پدر زید خواهری دارد به نام فاطمه که از ناحیهٔ مادر، خواهر اوست (خواهر مادری) و عمّهٔ زید است. فاطمه پدری دارد به نام بکر که هیچ ربطی به زید ندارد، زیرا پدر زید و عمّهٔ زید فقط از ناحیهٔ مادر با یکدیگر ارتباط دارند و از پدر جدا هستند. بکر خواهری دارد به نام زینب که عمّهٔ فاطمه است، فاطمه هم عمّهٔ زید است. پس زینب عمّهٔ عمّهٔ زید است ولی عمّهٔ زید نیست چون رابطهٔ زینب از طریق بکر است که پدر عمّهٔ زید است، که هیچ ارتباطی به زید ندارد.

خاله هم همینطور است.

[مسألة ۲ (النسب الشرعی و غیر الشرعی)]

اشاره

۹۶ مسئلة ۲ (النسب الشرعی و غیر الشرعی ...) ۲۵/ ۱/ ۸۰

دو مسئلهٔ مهم و محلّ ابتلاء در ذیل مسئلهٔ محرمات نسبیّه باقی مانده است:

۱- فرزندان نامشروع (ولد الزّنا) در باب نکاح و بالمناسبة در بقیّة بابها.

۲- احکام ولد شبهه.

امام (ره) وقتی وارد بحث اوّل (ولد الزّنا) می‌شود مانند دیگران (صاحب جواهر، صاحب مسالک، جامع المقاصد، صاحب ریاض، علّامه در تذکره) ابتدا نَسَب را تعریف می‌کنند، و پس از آن وارد بحث نسب نامشروع می‌شوند و احکام آن را بیان می‌کنند.

مسألة ۲: النسب إمّا شرعیٌ (قسم اوّل)

و هو ما کان بسبب وطءٍ حلالٍ ذاتاً بسببٍ شرعی من نکاحٍ أو ملک یمین أو تحلیلٍ (تحلیلِ ملک یمین برای غیر مالک) و ان حَرُمَ لعارضٍ من حیضٍ أو صیام أو اعتکاف أو إحرام أو نحوها، و یلحق به وطء الشبهة. (امام (ره) «یلحق» می‌گویند چون وطی به شبهه وطی بدون عقد است، ولی

---

(۱) ح ۳، باب ۲ از ابواب ما یحرم بالنسب.

(۲) ح ۱، باب ۶ از ابواب ما یحرم بالنسب.

(۳) ح ۴، باب ۶ از ابواب ما یحرم بالنسب.

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۱۱۳

جهلًا وطی واقع شده پس نکاح حقیقی نیست؛ و زنا هم نیست، بلکه ملحق به نکاح است)

و إمّا غیر شرعی (قسم دوم)

، و هو ما حصل بالسفاح و الزنا و الاحکام المترتّبة علی النسب الثابتة فی الشرع من التوارث و غیره و ان اختصّت بالاوّل (نسب مشروع)

، لکن الظاهر بل المقطوع انّ موضوع حرمة النکاح اعم، فیعمّ غیر الشرعی، فلو زنا بامرأة فولدت منه ذکراً و أنثی حرمت المزاوجة بینهما، و کذا بین کل منهما و بین اولاد الزانی و الزانیة الحاصلین بالنکاح الصحیح أو بالزنا بامرأة اخری، و کذا حرمت الزانیة و أمّها و أمّ الزّانی و اختهنّ علی الذکر، و حرمت الانثی علی الزانی و أبیه و أجداده و إخوته و أعمامه.

تعریف نسب شرعی:

اشاره

آنچه ناشی از وطی حلال باشد (این معنی را خیلی از بزرگان گفته‌اند) و مهم این است که ذاتاً حلال باشد و اگر چه عارضاً حرام باشد، یعنی اگر در بعضی از موارد (مانند احرام)، وطی عارضاً حرام باشد، در این صورت اگر فرزندی منعقد شود، فرزند نامشروع نیست و لو عمل حرام بوده است، بلکه فرزند مشروع است و ارث می‌برد.

دلیل:

اوّلا: این معنا تقریباً اجماعی و مسلّم است.

ثانیاً: حقیقتاً صدق نَسَب می‌کند یعنی فرزند مشروع است و انعقاد نطفه نامشروع نبوده، بلکه عمل نامشروع است، به عبارت دیگر در حال صیام و اعتکاف و احرام ... زوجیّت باقی است، بنابراین ولد از نطفهٔ زوج و زوجه است، و زوجیّت با این عوارض بهم نمی‌خورد، یعنی اگر در حال صیام نطفه را با وسیله‌ای غیر از مواقعه در رحم زن بگذارند، ترکیب نطفهٔ آنها حرام نیست، بلکه مواقعه حرام است، به تعبیر دیگر مقدّمات، که وطی باشد حرام بوده ولی ذی المقدّمهٔ حلال است (مثل صحّت حج با مرکب غصبی).

احکام ولد نامشروع:

۱- ولایت (مربوط به اموال). ۲- حضانت (نگهداری و پرورش).

۳- ارث. ۴- نفقه.

۵- عدم قصاص والد به واسطهٔ قتل ولد.

۶- عاقله (در قتل خطائی، نزدیکان پدر دیه را تقسیم می‌کنند و می‌پردازند.)

۷- عتق در موارد خاص (مثلًا اگر پسری پدرش را که بَرده است بخرد فوراً آزاد می‌شود).

۸- نگاه کردن به محارم.

آیا همهٔ این احکام شامل فرزند نامشروع می‌شود، یا فقط مخصوص فرزند مشروع است و یا اینکه قائل به تفصیل می‌شویم؟ معروف این است که فقط احکام نکاح جاری است و بقیهٔ احکام جاری نیست.

اقوال:

مرحوم محقق ثانی می‌فرماید:

و امّا الزّنا، و هو: الوطی الّذی لیس بمستحقّ شرعاً مع العلم بالتحریم (وطی به شبهه خارج می‌شود)، فلا یثبت به النسب اجماعاً، لکن اجمع اصحابنا علی انّ التحریم المتعلّق بالنسب یثبت مع الزنا اذا تولّد به ولد. «۱» سپس می‌فرمایند: عنوان ولد صادق است و چون صدق عنوان می‌کند باید احکام حرمت نکاح جاری شود، و بلافاصله اشکال می‌کند که اگر صدق عنوان کافی است؛ پس باید تمام احکام را شامل شود (مثلًا احکام ارث) بعد در ذیل کلامشان دچار یک اضطراب در سخن می‌شوند و این گونه ادامه می‌دهند که نکاح چون امر مهمّی است، جایز نیست و شارع به امر فروج و تحقّق ولد اهمّیّت داده و احتیاط می‌کند.

مرحوم علّامه می‌فرماید:

البنت المخلوقة من الزنا یحرم علی الزانی وطؤها و کذا علی ابنه و أبیه و جدّه و بالجملة حکمها فی تحریم الوطء فی حکم البنت عن عقدٍ صحیح، عند علمائنا اجمع و به قال ابو حنیفه لقوله تعالی «وَ بَنَاتُکُمْ» و حقیقة البنتة الموجودة فیها فإن البنت هی المتکونة من منی الرجل و نفیها عنه شرعاً لا یوجب نفیها حقیقةً لانّ المنفی فی الشرع هو تعلق الاحکام الشّرعیّة من المیراث و شبهه ... و قال الشافعی لاـ تحرم بل یکره و به قال مالک ... و العجب إنّهم اتفقوا علی انّها ان وَلَدَتْ ابناً حرم علیه ان ینکحها فما الفرق «۲»؟ (اگر پسر نمی‌تواند با مادر ازدواج کند، پدر هم با دختر نمی‌تواند ازدواج کند و کأنّ در مادر و پسر دیده‌اند که کار ناجور شده است، لذا استثنا نکرده‌اند.)

مرحوم شیخ «۳» کلام اصحاب و موافقت ابو حنیفه و مخالفت شافعی را نقل می‌کند، سپس استدلال کرده و صدق بنت (علّامه) و احتیاط (محقّق) را در استدلال به هم ضمیمه می‌کند.

---

(۱) جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۱۹۰.

(۲) تذکرهٔ، ج ۲، ص ۶۱۳.

(۳) خلاف، کتاب النکاح، مسئلهٔ ۸۳.

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۱۱۴

۹۷ ادامهٔ مسئلهٔ ۲ ... ۲۶/ ۱/ ۸۰

دلیل حرمت نکاح:

اشاره

در ولد الزنا در تمام محرّمات نسبیّه حرمت نکاح هست، در اینجا چند دلیل می‌توان اقامه کرد:

۱- اجماع:

در این مسأله مخالفی نیست و همه آن را پذیرفته‌اند یا فتوی داده‌اند و یا احتیاط کرده‌اند و اگر دست ما به دلیل دیگری نرسد (کما اینکه گفته شده است) اجماع محکم و کاشف از قول معصوم می‌شود و مدرکی نخواهد بود.

۲- صدق عناوین بر ولد نامشروع:

عناوینی که در قرآن مجید آمده است «حُرِّمَتْ عَلَیْکُمْ أُمَّهَاتُکُمْ »...
همهٔ این عناوین صدق می‌کند و حقیقت شرعیّه‌ای هم در باب نکاح نیست که بگوئیم مثلًا بنت مانند صلاهٔ از معنی لغوی به معنی شرعی منتقل شده است، و در کلماتی که از علما و فقها بیان شد روی این حکم و استدلال تأکید کرده‌اند ولی این استدلال اشکال مهمی دارد که محقق ثانی در جامع المقاصد چنین بیان کرده بود:
اگر شما قائل به صدق عناوین هستید، همین حرف را در باب ارث هم بگوئید چون قرآن می‌گوید «وَ لِأَبَوَیْهِ لِکُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ» و این عناوین بر ولد نامشروع هم صادق است، پس باید در تمام ابواب بگوئیم که احکام جاری است.
پس این تفصیل نادرست است و دلیل دوم اشکال دارد و جوابی در مقابل این نقض نداریم.

۳- احتیاط:

در ذیل کلام محقق ثانی و در کلام شیخ طوسی چنین بود «النکاح مبنیٌّ علی الاحتیاط» چون مبنای شارع در نکاح بر احتیاط است، می‌گوئیم حرام است و احکام نکاح در ولد نامشروع جاری است؛ ولی بنای ارث بر احتیاط نیست.
این دلیل هم قابل خدشه است، زیرا بناء نکاح بر احتیاط، به عنوان مؤید خوب است، چون شارع مقدس در نکاح هرجا که شک شد احتیاط جاری نمی‌کند در حالی که در خیلی از موارد برائت هم ممکن است جاری شود پس به عنوان دلیل مشکل است.

۴- روایت:

صاحب جواهر به روایتی استناد فرموده است که در مورد این مسأله نیست ولی به تناسب از آن استفاده می‌کنند.
...* عن عمّار، عن ابن توبهٔ عن زرارهٔ قال: سئل أبو عبد اللّه علیه السلام:
ابتدای نسل انسان در زمین چگونه کثرت پیدا کرد، آیا دختران آدم با پسران آدم ازدواج کردند (همانگونه که اهل تسنن می‌گویند) امام تعجب کرده و فرمود سبحان اللّه خداوند چگونه اجازه می‌دهد چنین نکاح فاسدی را، و حال آنکه انبیاء و اولیاء صالح همه نسلشان به آنها برمی‌گردد. امام در ذیل این روایت فرمود: قباحت این مسأله به قدری زیاد است که من شنیده‌ام در بعضی از گلّه‌های گوسفندان وقتی دو گوسفند نر و ماده که از یک مادر هستند، با هم آمیزش کردند و آن نر بعداً فهمید، خودش را کشت، چگونه است که حیوانات قباحت این مسأله را می‌فهمند ولی انسانها نمی‌فهمند «۱».
آیا خواهر و برادر بودن حیوانات لغوی است یا شرعی؟

مسلّماً لغوی است زیرا بین گوسفندان نکاحی نبوده، پس توالد و تناسل لغوی بوده است. از اینجا معلوم می‌شود که مجرّد توالد و تناسل لغوی برای حرمت کافی است، پس موضوع لغوی است و مسئلهٔ عقد شرعی معیار نیست.

این دلیل نیز قابل خدشه است، هم سنداً و هم دلالتاً، امّا سندش اشکال دارد چون «ابن توبه» مجهول الحال است و حتّی اسم او نیز معلوم نیست، امّیا اشکال دلالی این است که خلاف وجدان است، چون در خارج می‌بینیم که توالد و تناسل گوسفندان از همان نرهای گلّه است و از جای دیگر گوسفند نر نمی‌آورند، پس این روایت خلاف وجدان و احتمال کذب آن زیاد است.

۵- تناسب حکم و موضوع: (و لعلّه احسن من الجمیع)

دلیل این تفصیل تناسب حکم و موضوع است، یعنی این احکام با توجه به موضوعاتشان ممکن است اشکال مختلف به خود بگیرند، وقتی که در باب نکاح، اب وام گفته می‌شود، به تناسب حکم سراغ معنای لغوی می‌رویم ولی در باب ارث سراغ معنای شرعی می‌رویم.

توضیح ذلک: وقتی شارع می گوید که فرزندان از پدر و مادر ارث می‌برند، ارث یک مسئلهٔ حقوقی است و ظاهر این است که پدر و مادر باید قانونی باشند، امّا مسئلهٔ حرمت محارم یک مسئلهٔ طبیعی خارجی است و بر این اساس است که از چه نطفه‌ای متولّد شده است، حتّی کسانی که دین و مذهب ندارند این چیزها را بر خود تحریم می کنند، اینها بر اثر ضررهای جسمانی و اخلاقی است و این تولّد چه قانونی باشد و چه غیر قانونی باشد اثر جسمانی هست، یا اگر از نظر اخلاقی قبحی داشته باشد به خاطر جنبه‌های جسمانی است و

---

(۱) وسایل، ج ۱۴، ح ۴، باب ۳ از محرّمات نسبیّه.

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۱۱۵

شاهد آن این است که اگر بچه از یک زن بیگانه بیست و چهار ساعت شیر بخورد بر او حرام است، پس چگونه فرزندی که ۹ ماه در شکم او بوده و از او بوجود آمده بر او حرام نباشد، آیا می‌شود باور کرد که شارعی که آن را سبب تحریم می‌داند این یکی را حلال بداند و لذا در مسئلهٔ مادرِ جانشین (مادر کرایه‌ای)، یعنی آن موردی که نطفهٔ مرد و زنی در خارج رحم ترکیب شده و بعد از ترکیب چون مادر اصلی رحمش ضعیف است، در رحم فرد ثالثی کاشته می‌شود و پرورش پیدا می کند، قائل به محرمیّت هستیم و می گوئیم بچّه نمی‌تواند با مادر جانشین ازدواج کند. (اولویّت نسبت به رضاع)

در ما نحن فیه که هم نطفه و هم پرورش از اوست، به طریق اولی حرام است. حتّی آنهائی که قائل به حلیّت هستند در پسر ولد الزنا نسبت به مادر، به واسطهٔ همین تناسب حکم با موضوع جرأت نکرده‌اند که آن را جایز بدانند.

خلاصه: در یک جا معنای لغوی را کافی می‌دانیم، زیرا مسائل جسمانی مطرح است و در جائی دیگر معنای شرعی را کافی می‌دانیم چون مسائل حقوقی و قانونی مطرح است، و این تفصیل در اعماق جان علماء بوده و لو بیان نکرده‌اند و اگر هم بیان نکرده‌اند لعلّ در ذهنشان بوده است..

۹۸ ادامهٔ مسئلهٔ ۲ ... ۲۷/ ۱/ ۸۰

بقی هنا امورٌ:

الامر الاوّل: توارث

در ولد الزنا ارث نیست، نه از پدر و مادر و نه از بستگان دیگر.

این مسأله از مسلّمات و اجماعی است، گرچه بحث آن در باب ارث مطرح است؛ ولی برای تکمیل بحث به آن اشاره‌ای می‌کنیم.

مرحوم صاحب جواهر تعبیری دارد که بسیار گویا است: [عدم الارث] بلا خلاف أجده فیه بل الاجماع بقسمیه (منقول، محصّل) علیه. «۱»

ولی در بعضی از فروع این مسأله مخالفینی و لو شاذ وجود دارد، از جمله مرحوم صدوق، ابی الصلاح حلبی و أبو علی که همگی از قدماء اصحاب هستند و گفته‌اند: ولد نامشروع از پدر و بستگان پدری ارث نمی‌برد؛ ولی از مادر و بستگان مادری ارث می‌برد.

تصوّر ما این است که اینها در کل مسأله قائل به توارث هستند ولی چون پدران، غالباً در فرزندان نامشروع، ناشناخته‌اند، از آن جهت ارث از پدر و بستگان پدری را نگفته‌اند.

دلیل بر این مسأله روایات زیادی است که با صراحت می‌فرماید ولد نامشروع ارث نمی‌برد از جمله، روایت صحیحهٔ حلبی:

...* عن الحلبی، عن ابی عبد اللّه علیه السلام قال: ایّما رجل وقع علی ولیدهٔ

(کنیز)

قوم حراماً ثم اشتراها فادعی ولدها فانّه لا یورث منه شیء، فانّ رسول اللّه صلی الله علیه و آله قال: الولد للفراش و للعاهر

(الزانی)

الحجر و لا یورث ولد الزنا الّا رجل یدّعی ابن ولیدته «۲»

(احتمالًا ذیل روایت به این معنی باشد که مولی می‌گوید این کنیز من بوده و با من زندگی می‌کرده و اگر کسی با آن عمل نامشروع انجام داده و مردّد است که ولد از مولاست یا از شخصی فاجر، وقتی مولی ادّعا کند که مال من است ولد برای اوست).

امثال این روایت متعدد است، صاحب جواهر می‌فرماید:

المعتبرهٔ المستفیضهٔ «۳».

پس فرزندان نامشروع نه از پدر ارث می‌برند و نه از مادر و معارض شاذ به مسأله ضرر نمی‌زند، چون شهرت قویّه بر خلاف آن است.

ارث این افراد به چه کسی می‌رسد (خودش نامشروع است؛ ولی فرزندان و همسر او مشروع هستند)؟

اگر زن و فرزندانی داشته باشد به آنها می‌رسد و اگر نداشته باشد به امام و بیت المال می‌رسد و در زمان ما زیر نظر حاکم شرع در موارد مورد نیاز مصرف می‌شود.

الامر الثّانی: حرمت نظر

وقتی قائل شدیم که محارم نسبیّه در فرزند نامشروع هست، آیا می‌تواند به مادر، خواهر ... نگاه کند؟ یا فقط حرمت نکاح است؟

در کلمات فقهاء بعضی متعرّض آن شده‌اند و ظاهر کلماتشان این است که نظر جایز نیست، از جمله مرحوم صاحب ریاض بعد از آنکه اجماع بر حرمت نکاح را ذکر می‌کند می‌فرماید:

و هو الحجّهٔ (اجماع) دون صدق النسبهٔ فی العرف و اللّغهٔ لعدم الاکتفاء بها بمجرّدها فی الشریعهٔ مع استلزامها ثبوت الاحکام الواقعیهٔ کحل النظر (هیچ‌کس قائل به آن نیست ...) و غیر ذلک من توابع النسب ... و لو احتیط فی الجمیع کان اولی. «۴»

و لصاحب الجواهر کلام یأتی فی الامر الثّالث.

و لکن الانصاف: حق این است که ببینیم دلیل ما چیست؟ اگر

(۱) جواهر، ج ۳۹، ص ۲۷۴.

(۲) وسائل، ج ۱۷، احکام ارث، احکام ولد ملاعنه، ح ۱، باب ۸.

(۳) جواهر، ج ۳۹، ص ۲۷۵.

(۴) ریاض، ج ۲، ص ۸۵.

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۱۱۶

دلیل، اجماعِ تعبّدی باشد حق با صاحب ریاض است، چون اجماع منحصر است به نکاح و لا یشمل النظر، و اگر معیار دلیل احتیاط باشد (که بعضی گفته‌اند) بازهم منحصر به نکاح است و لا یجوز النظر، امّا اگر دلیل اوّلًا تناسب حکم موضوع و ثانیاً اولویّت نسبت به رضاع باشد، تمام احکام محرمیّت جاری می‌شود، وقتی بچهٔ رضاعی که ۲۴ ساعت شیر خورده نگاه کردن او به مادر و خواهر رضاعیش جایز است، بطریق اولی برای ولد نامشروع که ۹ ماه در شکم مادر بوده، نگاه کردن حلال خواهد بود. به تعبیر دیگر مسئلهٔ حلیّت نظر یک مسئلهٔ جسمانی است نه مسئلهٔ حقوقی.

پس اگر به دلیل خامس تمسّک کردیم و قائل به حرمت نکاح شدیم، در این صورت حلیّت نظر هست و صاحب جواهر ملازمهٔ بین حرمت و جواز نظر را در این مسأله پذیرفته است.

الامر الثالث: دامنهٔ محرّمات نکاح

آیا محرّمات نکاح منحصر به همان نسبی است (هفت طائفه) یا مصاهرات را هم شامل می‌شود؟ یعنی اگر دختر نامشروع دارای شوهری شود آیا این شوهر با مادرزنش محرم است؟ آیا با مادر زن می‌تواند ازدواج کند؟ همچنین اگر ولد نامشروع بزرگ شد و زانی همسری داشت و طلاق داد آیا ولد نامشروع با زنِ پدر می‌تواند ازدواج کند؟ اگر خواهری داشت آیا جمعِ بین الاختین هم در اینجا صادق است؟

ظاهر کلام امام این است که مصاهرات مشکلی ندارد، چون امام عناوین نسبی را فرموده‌اند و سببی را نفرموده‌اند. در کلام قوم هم بیشتر، عناوین نسبی مطرح است. مرحوم صاحب جواهر در این مورد مطلبی فرموده‌اند:

«لا- ینبغی التأمل فی انّ المتّجه عدم لحوق حکم النسب فی غیر النکاح، بل ستعرف قوّة عدم جریان حکمه فیه ایضاً فی المصاهرات فضلًا عن غیر النکاح، بل قد یتوقّف فی جواز النظر بالنسبة الی من حُرِم نکاحه مما عرفت. لکنّ الانصاف عدم خلوّ الحلّ (حلیّت نظر) من قوّة بدعوی ظهور التلازم بین الحکمین هنا (اگر نکاح حرام است، نظر حلال است)، خصوصاً بعد ظهور اتحادهما فی المناط. «۱»

پس اگر معیار دلیل پنجم باشد (که رابطهٔ جسمانی کامل با مادر دارد) مصاهرات را هم شامل می‌شود، و ولد نامشروع نمی‌تواند زنِ مطلقهٔ پدر را بگیرد و تمام آن احکام جاری می‌شود، بنابراین هم در نسبیّات و هم در سببیّات، بلکه بالاتر احکام رضاع هم در اینجا (ولد نامشروع) هست. مثلًا مادر که ولد نامشروع دارد یک ولد رضاعی هم دارد، این احکام نسبت به آن ولد رضاعی هم هست، البته در رضاع کسی را ندیده‌ایم که بحث کند.

۹۹ ادامهٔ مسئلهٔ ۲ ... ۲۸/ ۱/ ۸۰

الامر الرابع: نفقه و حضانت و ولایت

آیا نسب بریده شده و حکومت اسلامی و بیت المال باید نفقهٔ ولد حرام را بدهد و یا بر عهدهٔ پدر و مادر اوست و هکذا حضانت و ولایت او؟

چیزی در این مورد ندیده‌ایم الّا جمله‌ای که ابن قدامه دارد و آن هم فقط در مورد نفقه است:

یحرم علی الرجل نکاح بنته من الزنا و اخته و بنت ابنه و بنت بنته و بنت اخیه و اخته من الزنا و هو قول عامّهٔ الفقهاء (اکثریّت فقهاء اهل سنّت) و قال مالک و الشافعی فی المشهور من مذهبه یجوز ذلک کلّه ... و لا یجری التوارث بینهما ... و لا تلزمه نفقتها «۲».

در این مسأله روایتی نداریم و اقوالی هم نیست؛ ولی ظاهر اطلاق کلمات علما این است که ولد نامشروع، نفقه و حضانت و ولایت ندارد.

لکن الانصاف: سیرهٔ عقلا بر این است که پدر و مادر را بر حضانت و نفقه، ملزم می‌کنند و اگر بگوئیم این سیره تا عصر پیغمبر و ائمه بوده، لا یبعد که این سیره دلیل و حجّت شود بر وجوب نفقه بر پدر و مادر، بنابراین‌الاحوط لو لا الاقوی وجوب نفقته علی ابویه و کذا حضانته.

الامر الخامس: سایر احکام

آیا احکام ولایت، احکام عاقله، احکام من ینعتق علیه، احکام عدم قصاص والد بر ولد، احکام عدم قبول شهادت ولد بر علیه والد، و همچنین احکام تجهیزات و دفن میت و ... در ولد نامشروع جاری است؟

در این مسأله هم نه کلامی از فقهاء وجود دارد و نه روایتی، باید دید مقتضی اصل چیست؟

در مورد ولایت اصل‌عدم ولایهٔ احد علی احداست، مگر این که ثابت شود.

در باب قصاص، اصل قصاص است و عدم قصاص دلیل می‌خواهد.

---

(۱) جواهر، ج ۲۹، ص ۲۵۹.

(۲) مغنی، ج ۷، ص ۴۸۵.

در باب عاقله "لَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَیٰ «"۱» * داریم.

در باب شهادت، هر کسی که عادل است شهادتش پذیرفته می‌شود و اصل قبول شهادت است.

پس مقتضای اصل، نفی احکام با قید است، و اگر کسی قائل به ثبوت سایر احکام شود باید دلیل بیاورد.

نتیجه: غیر از حرمت نکاح، نظر، نفقه و حضانت، بقیه احکام از ولد الزنا منتفی است و چون دلیلی بر اثبات آن نداریم نمی‌توانیم آنها را جاری کنیم.

مرحوم مامقانی (از بزرگان علماء نجف و نویسندهٔ کتاب تنقیح المقال فی علم الرجال) در کتاب مناهج المتّقین می‌فرمایند:

و الاقوی اتّحاد ولد الزنا و ولد الحلال فی جمیع احکام النسب عدا الارث فانّه لا ارث بین ولد الزنا و اقاربه للنص الخاص و امّا فیما عداه فالمرجع اطلاق الادلهٔ لصدق الابن و الاخ و نحوهما لغهً و عرفاً.

آیا این فتوای شاذ، صحیح است؟

غیر از ایشان کسی این سخن را نگفته است و اصلًا متعرّض این مسأله نشده‌اند و این مطلب صحیح نیست، گرچه در بدو نظر تمسک به صدق عرفی و عمومات و اطلاقات است، ولی می‌دانیم که در مسأله ولد حرام، اصل منقلب شده و هیچ یک از آثار نباید مترتّب شود، چون شارع گفته است این ولد، ولد قانونی و شرعی نیست و

الولد للفراش

(نکاح صحیح)

و للعاهر الحجر،

پس این جمله بر تمام اطلاقات ادلّه حکومت می‌کند یعنی هرکجا که شارع فرمود: أبناؤکم، آباؤکم ... مراد نسب صحیح (ولد شرعی) است.

ان قلت: عبارت

«الولد للفراش و للعاهر الحجر»

برای جائی است که شک داشته باشیم، یعنی ندانیم که نطفه برای همسر است یا عاهر به عبارت دیگر مربوط به مقام اثبات و شک است که در این صورت شارع فراش را مقدّم کرده است. پس این عبارت اصل اولی را منقلب نمی‌کند.

قلنا: امام صادق علیه السلام در صحیحهٔ حلبی به این روایت برای مقام ثبوت استدلال کرده؛ ولی آنجائی هم که یقین داریم ولد برای عاهر است باز امام استدلال به قول پیامبر می‌کند و بعد می‌فرماید

و لا یورث ولد الزنا...

به این معنی که از قبیل قیاس منصوص العلّهٔ است (چرا ارث نمی‌برد؟ چون پیامبر فرموده الولد للفراش) و ارث برای جائی است که ولد از نکاح صحیح باشد، پس این که ارث نمی‌برد چون علی القاعده است و شارع اصل اولی را عدم اجرای حکم قرار داده.

بنابراین اصل این است که هیچ حکمی جاری نشود مگر مواردی که استثناء شده. مرحوم مامقانی اصل را این گونه معنی می‌کند که تمام احکام جاری است الّا ما خرج بالدلیل ما می‌گوئیم هیچ یک از احکام جاری نمی‌شود الّا ما خرج بالدلیل.

در مسأله نکاح گفتیم بخاطر اولویت و تلازم حکم و موضوع نکاح فقط مربوط به فرزند قانونی نیست، فعلی هذا نکاح و آنچه که از لوازم نکاح است (مانند نکاح با مصاهرات و رضاع) بالملازمه و اولویّت در ولد نامشروع هست.

در مسأله نفقه و حضانت به سیره تمسک کردیم و اینکه سیرهٔ عقلا بر این است که پدر و مادر را در مقابل ولد، مسئول می‌دانند پس اصل (فرزند نیست) منقلب شده است الّا ما خرج بالدلیل یعنی بقیّهٔ احکام مثل ولایت، قصاص، ارث، عاقله.. داخل در عنوان «الولد للفراش» است و ولد غیر شرعی حکمی ندارد.

۱۰۰ ادامهٔ مسئلهٔ ۲ ... ۲۹/ ۱/ ۸۰

الامر السادس: نکاح فرزندان آدم

اشاره

آیا حرمت نکاح اخوه مع اخوات از زمان حضرت آدم بوده یا در عصر اوّل مباح بوده است؟

صاحب وسایل در مسئلهٔ محرّمات نسبیّه عنوانی دارد و می‌فرماید: تحریم اخت همیشه بوده است، حال اگر قائل به تحریم نکاح اخوه و اخوات از روز اوّل شویم، مسئلهٔ تکاثر و تولید مثل فرزندان آدم معمّا می‌شود، چون در آن زمان غیر از اخوه و اخوات کسی نبود پس فرزندان طبقهٔ بعدی از چه متولّد شدند؟

در اینجا مفسرین، علماء کلام و محدّثین بحث مفصّلی دارند و عمدتاً سه نظر بیان شده است:

نظریّهٔ اوّل: در عصر اوّل به خاطر ضرورت‌ها، نکاح اخوه و اخوات حلال بوده و بعداً بلافاصله ممنوع شد

(بعضی از معاصرین به این نظر تمایل دارند).

نظریّهٔ دوم: به طور قطع ممنوع بوده است،

به دلیل روایات متعدّدی که در این زمینه است و افزایش نسل از طریق حوریان بهشتی یا جنّیان که با فرزندان آدم ازدواج کردند، حاصل شد.

نظریّهٔ سوم: آدم، اوّلین انسان روی زمین نبود

و همانگونه که کتب تاریخی و آثار یافت شده نشان می‌دهد، قبل از او انسانهای دیگری هم بودند و در موقع خلقت آدم، تمام نسل انسانهای پیشین

---

(۱) آیهٔ ۱۸ سورهٔ فاطر.

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۱۱۸

منقرض نشده بودند، و بقایای نسلهای پیشین با فرزندان آدم ازدواج کردند و ازدواج از اینجا سر گرفت.

بررسی نظریّات:

طرفداران نظریّهٔ اوّل برای اثبات مدّعای خود به آیات قرآن و روایات استدلال می‌کنند:

آیات:

آیهٔ اوّل: «یَا أَیُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاکُمْ مِنْ ذَکَرٍ وَ أُنْثَی وَ جَعَلْنَاکُمْ شُعُوباً وَ قَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا» «۱» منظور از «ذَکَرٍ وَ أُنْثَی» در آیه با توجه به قرائن، آدم و حوّا است و «شعوب» و قبائل دیگر از این آدم و حوّا بوده است و ظاهر آیه نشان می‌دهد که پای نسلهای دیگر یا حوریّه و جن در کار نیست، زیرا خلاف ظاهر آیه است.

آیهٔ دوم: «یَا أَیُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّکُمُ الَّذِی خَلَقَکُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ (آدم) وَ خَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا (منها حال آیا از دندهٔ آدم یا از باقیماندهٔ گِل آدم) وَ بَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا کَثِیراً وَ نِسَاءً. «۲»

«بَثَّ» به معنی «منتشر ساخت» می‌باشد، پس نسلها در طبقات مختلف از آدم و حوا بوجود آمده است، یعنی تمام فرزندان آدم از یک پدر و مادر بوده‌اند و اگر پای ثالثی در کار بود، قرآن آن را می‌فرمود، پس ظهور بدوی این است که نکاحی بین فرزندان آدم انجام شده است.

ان قلت: شاید منظور آیه، فرزندان خود آدم است (فرزندان بلافصل آدم) چون در روایتی داریم که حضرت آدم علیه السلام بیست پسر و بیست دختر داشته است.

قلنا:

اوّلًا: اینکه فرزندان آدم زیاد بوده ثابت نیست و حتّی از برخی روایات استفاده می‌شود که فرزندان آدم، چهار یا هشت تا بوده است.

ثانیاً: با هدف آیهٔ سازگار نیست چون هدف این آیه همان هدف آیهٔ سورهٔ حجرات است که می گفت همهٔ شما از نفس واحدی هستید و فضیلت شما به تقوی است، اگر این دو آیه را شبیه هم بدانیم و هر دو یک هدف داشته باشند روشن می‌شود که رجال و نساء اشاره به فرزندان بلافصل و مع الفصل حضرت آدم است.

۱۰۱ ادامهٔ مسئلهٔ ۲ ... ۱/ ۲/ ۸۰

روایات:

روایاتی هم در این زمینه نقل شده است که فرزندان آدم با هم ازدواج کرده‌اند و تحریم بعداً نازل شده است، و عمدتاً دو روایت است (قرب الاسناد و احتجاج)

...* عن البزنطی قال سألت الرضا علیه السلام عن الناس: کیف تناسلوا من آدم علیه السلام؟ فقال: حملت حوّاء، هابیل و اختاً له فی بطنٍ، ثم حملت فی البطن الثانی قابیل و اختاً له فی بطن، فزوّج هابیل التی مع قابیل و تزوّج قابیل التی مع هابیل، ثم حدث التحریم بعد ذلک «۳».

* عن الثمالی قال: سمعت علی بن الحسین علیه السلام یحدّث رجلًا من قریش قال ...: فوُلِد له

(ایّ لآدم)

فی کل بطنٍ ذکرٌ و انثی، فأوّل بطنٍ ولدتْ حوّاء هابیل و معه جاریهٔ یقال لها اقلیما، قال: و ولدت فی البطن الثانی، قابیل و معه جاریهٔ یقال لها لوزا، و کانت لوزا اجمل بنات آدم...

در ادامه می‌فرماید که اینها بزرگ شدند و موقع ازدواجشان رسید، و آدم علیه السلام ترسید که فتنه‌ای برپا شود، چون همزاد قابیل زیبا بود و قابیل نمی‌خواست او را از دست بدهد، آدم علیه السلام تصمیم به قرعه گرفت، (معنای قرعه این است که حتّی اگر همزاد هر یک هم، قرعه به نام او در می‌آمد به او داده می‌شد)، طبق قرعه همزاد قابیل به نام هابیل درآمد (یکی از عوامل حسادت قابیل هم همین مورد عنوان شده است).

قال: فخرج سهم هابیل علی لوزا اخت قابیل و سهم قابیل علی اقلیما اخت هابیل، قال: فزوّجها علی ما خرج لهما من عند اللّه

(نشان می‌دهد که قرعه در بسیاری از موارد کاشفیّت دارد)

، قال: ثمّ حرّم اللّه نکاح الاخوات بعد ذلک، فقال له القُرشی فاولداهما؟ قال: نعم، فقال القُرَشی: فهذا فعل المجوس الیوم، قال: فقال علی بن الحسین علیه السلام: انّ المجوس، انّما فعلوا ذلک بعد التحریم من اللّه. ثمّ قال علی بن الحسین علیه السلام: لا تُنکِر هذا أ لیس اللّه قد خلق زوجهٔ آدم منه ثم احلّها له؟ فکان ذلک شریعهً من شرائعهم، ثم انزل اللّه التحریم بعد ذلک «۴».

مرحوم علّامهٔ مجلسی بعد از نقل این دو روایت می‌فرماید:

بیانٌ: «هذان الخبران محمولان علی التقیّهٔ لاشتهار ذلک بین العامّهٔ».

در مستدرک هم روایتی به همین مضامین موجود است.

مرحوم علّامهٔ طباطبائی ذیل آیهٔ مورد بحث می‌فرماید:

«اقول و هذا الّذی ورد فی الحدیث هو الموافق لظاهر الکتاب و الاعتبار (دلیل عقل یعنی کأنّ حوریّه و جن تناسبی با انسان ندارد که بتوانند با انسان ازدواج کنند) و هناک روایات اخر تعارضها و هی

---

(۱) آیهٔ ۱۳، سورهٔ حجرات.

(۲) آیهٔ ۱، سورهٔ نساء.

(۳) بحار، ج ۱۱، ص ۲۲۶، ح ۵.

(۴) بحار، ج ۱۱، ص ۲۲۵، ح ۴.

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۱۱۹

تدلّ علی انّهم تزوّجوا بمَن نزل الیهم من الحور و الجانّ و قد عرفت الحق فی ذلک «۱».

دلیل قول دوّم: روایات کثیره‌ای دلالت بر این قول دارد

و ان تفاوتت ألسنتها.

گروه اوّل: دسته‌ای از روایات می‌گوید نکاح اخوهٔ و اخوات قبیح است و خدا اولیائش را از این امر قبیح به وجود نمی‌آورد؛ ولی چگونگی ازدیاد نسل را بیان نمی‌کند.

...* عن ابن توبه

(مجهول الحال)

عن زرارهٔ قال: سئل أبو عبد اللّه علیه السلام کیف بدو النسل فانّ عندنا اناساً یقولون ان اللّه اوحی الی آدم ان یزوّج بناته من بنیه و انّ اصل هذا الخلق من الاخوهٔ و الاخوات قال أبو عبد اللّه علیه السلام: سبحان اللّه و تعالی عن ذلک علوّاً کبیراً یقولون من یقول هذا انّ اللّه جعل اصل صفوهٔ خلقه و احبائه و انبیائه و رسله و المؤمنین و المؤمنات من حرام و لم یکن له من القدرهٔ ما یخلقهم من الحلال و قد أخذ میثاقهم علی الحلال و الطهر الطاهر الطّیّب و اللّه لقد تبیّنت ان بعض البهائم «... ۲»

بحث سندی و دلالی این حدیث قبلًا بیان شد و بیان شد که مضمون روایت خلاف وجدان است.

...* عمّن سمع زرارهٔ یقول و ذکر مثله

(روایت قبلی است با سند دیگر)

و زاد ... ان کتب اللّه کلّها فی ما جری فیه القلم فی کلها تحریم الاخوات علی الاخوهٔ، مع ما حرّم. الحدیث «۳».

...* عن الاصبغ ابن نباتهٔ، عن امیر المؤمنین علیه السلام فی حدیث ان الاشعث قال له: کیف یؤخذ من المجوس الجزیهٔ و لم ینزل علیهم کتاب و لم یبعث الیهم نبی؟ فقال: بلی یا اشعث قد انزل اللّه علیهم کتاباً و بعث الیهم نبیّاً و کان لهم مَلِک سکر ذات لیلهٔ فدعا بابنته الی فراشه فارتکبها فلمّا اصبح تسامع به قومه فاجتمعوا الی بابه و قالوا: اخرج نطهّرک و نقم علیک الحد فقال: هل علمتم ان اللّه لم یخلق خلقاً اکرم علیه من ابینا آدم و حوّا؟ قالوا: صدقت قال: أ لیس قد زوّج بنیه من بناته و بناته من بنیه؟ قالوا: صدقت هذا هو الدّین فتعاقدوا علی ذلک فمحی اللّه العلم من صدورهم و رفع عنهم الکتاب فهم الکفرهٔ یدخلون النّار بلا حساب، و المنافقون أسوأ حالًا منهم. «۴»

این روایات قبح و ممنوعیت این کار را بیان می‌کند؛ ولی چگونگی افزایش نسل را بیان نمی‌کند.

گروه دوّم: دسته‌ای از روایات می‌گوید که با حوریه ازدواج کردند. «۵»

گروه سوّم: دسته‌ای از روایات می‌گوید که با جنّیه ازدواج کردند. «۶»

گروه چهارم: دسته‌ای از روایات می‌گوید که هم با حوریّه و هم با جنّیه ازدواج کرده‌اند. «۷»

۱۰۲ ادامهٔ مسئلهٔ ۲ ... ۲/ ۲/ ۸۰

این روایات متضافر و متعدد هستند و در کتب روائی و تفسیر نقل شده و به حدی است که علماء اهل سنت هم روایات ما را از طرق شیعه نقل کرده‌اند، از جمله تفسیر المنار در ذیل آیهٔ «وَ اتْلُ عَلَیْهِمْ نَبَأَ ابْنَیْ آدَمَ» «... ۸» روایاتی را نقل می‌کند، پس این نظر در بین شیعه معروف بوده است و اهل سنّت هم می‌دانستند.

ولی این روایات، علی رغم تکاثر و تضافر خالی از اشکال نیست.

اشکال اوّل: آیا ممکن است فرزندان آدم با حوریه‌ای ازدواج کنند که «جسمٌ نوری» و یا جنّیه‌ای که «جسمٌ ناری» در حالی که از نظر جنس مخالف هم هستند.

ان قلت: دربارهٔ قیامت چه می‌گوئید که معاد جسمانی است و انسانها همسرانی از حوریّه هم دارند هرچه در آنجا می‌گوئید در ما نحن فیه هم بگوئید.

قلنا: ممکن است انسان از غیر همجنس برای لذت جسمانی استفاده کند؛ ولی فرزندی متولد نمی‌شود، پس انسان که جسمی ترابی است در بهشت از حوریّه برای لذات جسمانی استفاده می‌کند ولی تولّد فرزند بعید می‌باشد و حال آنکه فرض ما در اینجا تولّد فرزندان است.

اشکال دوم: این روایات با هم متعارض هستند بعضی می‌گویند صرفاً با حوریّه، بعضی می‌گویند صرفاً با جنّیه و بعضی می‌گویند با هر دو ازدواج کردند.

اللّهم الّا ان یقال: روایتی که می‌گوید حوریّه، ساکت است از جنّیه و یا روایتی که می‌گوید جنّیه ساکت است از حوریّه.

اشکال سوم: بعضی از این روایات خلاف وجدان و آن چیزی است که ما عیناً در خارج می‌بینیم.

---

(۱) تفسیر المیزان، ج ۴، ص ۱۴۷.

(۲) ح ۴، باب ۳ از ابواب محرّمات نسبیّه.

(۳) ح ۵، باب ۳ از ابواب محرّمات نسبیّه.

(۴) ح ۳، باب ۳ از ابواب محرّمات نسبیّه.

(۵) ح ۱، باب ۳ از ابواب محرّمات نسبیّه.

(۶) ح ۶، باب ۳ از ابواب محرّمات نسبیّه.

(۷) تفسیر برهان، ذیل آیهٔ ۱ سورهٔ نساء.

(۸) ج ۴، ذیل آیهٔ ۲۷ سورهٔ مائده.

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۱۲۰

اقوال عامّه:

چند دسته از عامه (مفسّران و مورّخان و فقهاء) متعرّض این مسأله شده‌اند مفسّران در ذیل آیهٔ «وَ اتْلُ عَلَيْهِمْ نَبَأَ ابْنَيْ آدَمَ بِالْحَقِّ إِذْ قَرَّبا قُرْباناً فَتُقُبِّلَ مِنْ أَحَدِهِما » «... ۱» این بحث را مطرح کرده‌اند.

چون آنها معتقدند به اینکه فرزندان آدم دوقلو به دنیا آمده‌اند و داستان همزاد قابیل که زیباتر از همزاد هابیل بود و اینکه یکی از عوامل قتل هابیل حسادتی بود که قابیل از این کار داشت، بنابراین در ذیل این آیه روایات مربوط به ازدواج فرزندان آدم را نقل کرده‌اند.

از جمله زمخشری در کشّاف «۲» و از بین مورّخین ابن اثیر در الکامل «۳» و طبری در تاریخ طبری «۴» و مسعودی در مروج الذهب «۵» به این مسأله پرداخته‌اند. ابن اثیر بعد از نقل قصّهٔ هابیل و قابیل بیان مفصّلی دارد و ازدواج با یکدیگر را ترجیح می‌دهد.

طبری در تاریخش از افراد متعدّد نقل می‌کند.

مسعودی می‌گوید که آدم علیه السلام کوشش کرد که اینها با همزاد خود ازدواج نکنند ولی چون موضع اضطرار بود و راهی

نداشت، هر یک با همزاد دیگری ازدواج کرد.

اهل سنت در بعضی کتابهای فقهیشان مانند مبسوط سرخسی و در بعضی از کتابهای حدیث مانند سنن بیهقی به این مسأله اشاره دارند. ابن ابی الحدید هم در شرح نهج البلاغه اشاره‌ای به آن دارد.

نکتهٔ جالب توجّه این است که در هیچ یک از این منابع، حدیثی از پیامبر وجود ندارد، بلکه روایات را از صحابه و یا مفسّرین یا مورّخین نقل کرده‌اند و مستند به پیامبر نیست، بر خلاف ما که روایات ما مستند به معصوم علیه السلام است. احتمال دارد که ریشهٔ این مسأله (ازدواج فرزندان آدم با یکدیگر) از عهدین (تورات و انجیل) باشد.

بنابراین قول مرحوم علّامهٔ مجلسی که می‌فرمود مشهور بین عامه قول اول است درست است.

بررسی قول اوّل و دوم:

قول اوّل دو روایت داشت که دلالتش صریح بود، امّا سندش غیر معتبر؛ ولی ظاهراً موافق کتاب اللّه و در قول دوم روایات متضافر و بعضی صحیح السند، موافق با شهرت و مخالف عامّه؛ ولی مخالف ظاهر کتاب اللّه بود.

بین این دو قول چه کنیم؟ آیا ظاهر کتاب را بگیریم یا شهرت را.

در اینجا لا یبعد که کسی بگوید، چون از آن مواردی است که‌یُرَدُّ علمه الی اهله‌و از احکام عملیّه‌ای نیست که مبتلیً به باشد، لذا توقّف می‌کنیم و اگر در این مورد سؤال شود، اینطور نیست که جوابی نداشته باشیم، بلکه می‌گوئیم دو دسته روایت نقل شده است و هر دو قول را نقل می‌کنیم. ممکن است کسی بگوید قول دوم قوی‌تر است و لذا خیلی‌ها به آن تمایل دارند؛ ولی لو لا مخالفت ظاهر کتاب قول دوم ترجیح دارد.

تا اینجا دو قول معروف را مطرح کردیم و قائل به توقّف شدیم.

قول سوم: نکاح ابناء آدم با نسل دیگری از انسان بوده است

منتهی انسانهائی که قبل از آدم بوده و منقرض نشده بودند. برای این مطلب سه قرینه ذکر شده است.

۱- اقوال مورّخین از جمله ناسخ التواریخ که می‌نویسند، قبل از آدم انسانها و تمدّنها و سلاطین متعدّدی بوده‌اند، و شاید قرآن هم در آیهٔ «قَالُوا أ تَجْعَلُ فِيهَا مَنْ يُفْسِدُ فِيهَا وَ يَسْفِكُ الدِّمَاءَ» «۶» به این مسأله اشاره داشته باشد، زیرا اگر انسانی قبل از آدم نبود، ملائکه از کجا می‌دانستند که او خون‌ریز است؟

۲- علم امروز می‌گوید که انسانها از میلیونها سال پیش وجود داشتند درحالی‌که هبوط آدم را به چند هزار سال قبل برمی‌گردانند.

۳- روایات متعدّدی داریم که می‌گوید قبل از آدم، انسانهائی بوده‌اند از جمله روایاتی است که مرحوم صدوق در کتاب توحید و کتاب خصال دارد.

در خصال از امام باقر علیه السلام نقل می‌کند:

* بلی و اللّه لقد خلق اللّه تبارک و تعالی الف الف عالم و الف الف آدم أنت فی آخر تلک العوالم و اولئک الآدميّين «۷».

در توحید صدوق «۸» نیز مطلب نقل شده است.

صاحب تفسیر المنار همین روایت صدوق و روایت دیگری را از امام صادق علیه السلام نقل کرده است:

* إنّ للّه تعالی اثنی عشر الف عالم کل عالم منهم اکبر من سبع سماوات و سبع ارضین ما یری عالم منهم أنّ للّه عزّ و جلّ عالماً غیرهم «۹».

بنابراین مطابق این نظریّه قبل از آدم انسانهائی بوده‌اند و ما اوّلین

(۱) آیهٔ ۲۷، سورهٔ مائده.

(۲) کشاف، ج ۱، ص ۶۲۴.

شیرازی، ناصر مکارم، کتاب النکاح (مکارم)، ۶ جلد، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۲۴ ه ق کتاب النکاح (مکارم)؛ ج۲، ص: ۱۲۰

(۳) الکامل، ج ۱، ص ۵۴۱.

(۴) تاریخ طبری، ج ۱، ص ۹۲.

(۵) مروج الذهب، ج ۱، ص ۳۱.

(۶) آیهٔ ۳۰، سورهٔ بقره.

(۷) آخرین حدیث کتاب خصال.

(۸) ح ۲، باب ۳۸.

(۹) تفسیر المنار، ج ۴، ص ۳۲۵.

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۱۲۱

انسان روی زمین نیستیم و دلیلی نداریم که تمام انسانهائی که قبل از آدم بوده‌اند منقرض شده باشند. بنابراین ممکن است ازدواج فرزندان آدم با بقایای انسانهای پیشین صورت گرفته باشد، البتّه دلیلی بر این مطلب نداریم ولی قول سوم مشکل ازدواج حوریه با انسان را که تولّد فرزند از آن ممکن نبود، حل می‌کند؛ ولی مشکل مخالفت ظاهر کتاب اللّه که در قول دوم بود در قول سوم هم بقوّت خویش باقی است.

ان قلت: آدم اوّلین انسان روی زمین نبوده و قبل از او انسانهای دیگری بوده‌اند، این مطلب با جمله‌ای که حضرت علی علیه السلام در خطبهٔ اشباح دارد نمی‌سازد:

فلمّا مهّد ارضه و انفذ امره، اختار آدم خیرةً من خلقه و جعله اوّل جبلّته «۱».

قلنا: اگر به معنی «جبلّة» مراجعه شود جواب روشن می‌شود، کوه و جمعیّت‌های زیاد را «جبلّة» می‌گویند، معنی دیگر جبلّة طبیعت (فطرت) است و فطرت انسان هم مانند کوه قابل جابجائی نیست.

جبلّة به معنای انسان برجسته هم آمده است و منافات ندارد که انسانهای دیگری قبل از آدم بوده‌اند ولی انسان برجسته نبودند.

هذا غایة ما فی الباب‌و ما اصراری در انتخاب یکی از اقوال نداریم چون مربوط به شریعت نیست و نیازی به فتوی ندارد و توقّف می‌کنیم.

[مسألة ۳ (وطء الشبهة)]

اشاره

۱۰۳ مسئلة ۳ (وطء الشبهة ...) ۳/ ۲/ ۸۰

مسألة ۳: المراد بوطء الشبهة الوطء الّذی لیس بمستحق مع عدم العلم بالتحریم، کما اذا وطاء اجنبیّة باعتقاد أنّها زوجته، أو مع عدم الطریق المعتبر علیه بل أو الاصل کذلک، و مع ذلک فالمسألة محل اشکال (صورت دوم که شک دارد محل اشکال است که آیا

وطی به شبهه است یا نه)

و یلحق به (وطی به شبهه)

وطء المجنون و النائم و شبههما (ای غیر بالغ)

دون السکران اذا کان سکره بشرب المسکر عن عمدٍ و عصیان.

عنوان مسأله:

این مسأله در مورد وطی به شبهه است که مسئلهٔ بسیار مهمّی است و در همه جای فقه با مسئلهٔ ولد شبهه برخورد می کنیم. مرحوم امام در این مسأله سراغ مصداق وطی به شبهه می‌رود، چون حکم آن را در مسئلهٔ قبل با یک کلمه بیان کردند (و یلحق به ولد الشبهه) و در اینجا بحث صغروی می کنند؛ ولی ما هم کبروی بحث می کنیم و هم صغروی.

صور مسأله:

اشاره

مرحوم امام (ره) چهار صورت را متذکّر شده‌اند:

۱- آنجائی که علم دارد. ۲- مجنون و نائم و صغیر. ۳- جائی که شک به زوجیّت داشته باشد و وطی کند. ۴- سکرانی که عمداً مست شده است.

مرحوم امام دو صورت اوّل را از مصادیق مسلّم وطی به شبهه گرفته‌اند؛ ولی دو مورد آخر را از موارد مشکوک برشمرده‌اند.

المسألهٔ فی مقامین:

در مسأله در دو مقام بحث می کنیم:

مقام اوّل: وطء الشبههٔ یلحق بالنسب (کبری)

اشاره

فقهاء در مورد حکم، مسأله را مسلّم گرفته‌اند، (ارسلوه ارسال المسلّمات) صاحب جواهر در مورد وطی به شبهه حدوداً دوازده صفحه صحبت می کند که فقط یک خط در مورد کبری و بقیه در مورد صغری است، عبارت جواهر چنین است:

و کذا یثبت النسب مع الشبههٔ اجماعاً بقسمیه «۲»

مرحوم آقای حکیم در مستمسک ذیل کلام صاحب عروهٔ جملهٔ کوتاهی در مورد حکم مسأله بیان می کند و سپس شش صفحه در مورد موضوع وطی به شبهه بحث می کند.

مرحوم شهید ثانی در مسالک خیلی کوتاه‌تر از صاحب جواهر حکم را بیان می کند و می‌فرماید:

و یلحق به وطء الشبههٔ و المراد به «... ۳»

ادلّه:

دلایل این مسأله چیست؟

۱- اجماع.

۲- شمول عمومات.

۳- عدم شمول روایات.

ولدی از وطی شبهه متولد شده است عنوان ولد بر او صادق است و ولد حرام هم نیست، پس عناوین شامل او می‌شود.

ما در فرزند نامشروع روایت داریم که شارع نسب را قبول نکرده،

(الولد للفراش و للعاهر الحجر)

؛ ولی در مورد وطی شبهه چنین گفته نشده است و عموماتی که در تمام ابواب داریم شامل وطی به شبهه می‌شود و روایات نافیه مخصوص زناست.

---

(۱) خطبهٔ ۹۱ نهج البلاغه.

(۲) ج ۲۹، ص ۲۴۴.

(۳) مسالک، ج ۷، ص ۲۰۲.

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۱۲۲

مقام دوم: ما الوطء بالشبهة؟ (صغری)

اشاره

در موضوع مسأله بحث زیادی مطرح است. موارد مسلّمی دارد که همه آن را قبول دارند و موارد مشکوکی هم دارد که محلّ دعوا است.

موارد وطی شبهه:

مجموعهٔ آن ده مورد است:

۱- اذا وطء امرأة مع اعتقادٍ قطعی انّها امرأته.

۲- اذا وطئها مع قیام دلیل شرعی معتبر (مثلًا دو شاهد عادل شهادت دادند که صیغه خوانده شده است و وطی حاصل شد، ولی بعداً معلوم شد که عقد خوانده نشده بود).

۳- اذا وطئها مع قیام اصل شرعی کالاستصحاب (مثلًا در عدّهٔ رجعی فکر می‌کرد که عدّه‌اش تمام نشده است، بمقتضای استصحاب رجوع نموده و وطی کرد، ولی بعداً معلوم شد که عدّه تمام شده).

۴- اذا وطئها مع الظّنّ غیر المعتبر (مثلًا گمان می‌کرد که عقد خوانده شده و وطی کرد. این ظن غیر معتبر است که بعضی آن را وطی به شبهه می‌دانند و بعضی نمی‌دانند).

۵- اذا وطئها مع الشک أو الوهم (مثلًا وطی کرده در حالی که شک داشته یا احتمال می‌داده که زوجهٔ اوست).

۶- اذا وطء امرأة یعلم حرمتها علیه اکراهاً و جبراً (مثلًا مردی زنی را تهدیـد کند و وطی کند، از ناحیهٔ زوج زنا به عنف است ولی از ناحیهٔ زوجه وطی به شبهه است یا شخص ثالثی زن و مردی را وادار به وطی کند).

۷- اذا واقعها اضـطراراً (حدیثی در کتاب حدود داشتیم که زنی متّهم به زنا با مردی بود که از باب اضـطرار زن راضـی به وطی شده بود).

۸- اذا واقعها فی حال الجنون أو فی حال الصغر، (حالی که مکلّف نیست).

۹- اذا واقعها فی حال النّوم (ذاتاً مکلّف است ولی موقّتاً حالت نوم دارد که تکلیف را برمی‌دارد).

۱۰- اذا واقعها فی حال السکردو صورت دارد، یکی عمـدی و دیگری غیر عمـدی است (این شاخه از مسأله ملحق به وطی به شـبهه است).

البتّه همهٔ این موارد را می‌توان در چند عنوان خلاصه کرد:

۱- عنوانی که حجّت شرعی دارد (یقین، اصل یا دلیل شرعی).

۲- عنوانی که احتمال حجّت شرعی می‌دهد (ظن، شک، وهم).

۳- غیر مکلّف (غیر بالغ، نائم، مجنون، سکران).

۴- اضطرار، اکراه و اجبار.

۱۰۴ ادامهٔ مسئلهٔ ۳ ... ۴/ ۲/ ۸۰

تعریف وطی به شبهه:

مرحوم صاحب جواهر از افراد مختلف برای وطی به شبهه سه تعریف نقل می‌کند:

تعریف اوّل:

انّه (وطی به شـبهه) الوطء الـذی لیس بمسـتحقّ فی نفس الامـر مع اعتقـاد فاعله الاسـتحقاق او صـدوره عنه بجهالـهٔ مغتفرهٍٔ فی الشـرع (جاهل قاصر) او مع ارتفاع التکلیف (مکره، نائم، مجنون، مضطر) بسبب غیر محرّم (سکران عن عمد) «۱».

تعریف دوم:

انّه الوطء الذی لیس بمستحق مع ظن الاستحقاق «۲» (که تمام احکام ظن را ظاهراً شامل می‌شود، امّا مواردی مثل اجبار و اضـطرار و اکراه و نائم داخل در مسأله نیست).

تعریف سوم:

الوطء الّذی لیس بمستحقّ مع عدم العلم بالتحریم «۳» (عدم العلم، شک و وهم را هم شامل می‌شود).

این تعـاریف بعضـی ظن و بعضـی عـدم العلم و بعضـی تمـام موارد را شامـل می‌شود. در برابر تمام این تعاریف سؤالی مطرح است. مأخذ این تعاریف کجاست؟

آیا معنی لغوی شـبهه است یا معنی شـرعی؟ اینها ادّعاهائی بـدون دلیل است و عقیـدهٔ ما این است که از راه خوبی به مسـئلهٔ وطی به شبهه وارد نشده‌انـد. کلمهٔ وطی به شـبهه در هیـچ روایتی نیست بلکه در معاقد اجماعات است، و بیان خواهیم کرد که ظاهراً اجماع مـدرکی است و به درد ما نمی‌خورد، البتّه حـدیث مرسـله‌ای که در آن لفظ وطی به شـبهه آمده است و فقط دو مورد از ده مورد را شامل می‌شود، وجود دارد:

* و رواه علی بن ابراهیم فی تفسیره مرسلًا الّا انّه قال: ستّهٔ نفر،

شش نفر را نزد عمر بردند، عمر دستور داد که همه را حد بزنند، علی علیه السلام حاضر بود و فرمود که این حد درست نیست و دستور داد

---

(۱) جواهر، ج ۲۹، ص ۲۴۴.

(۲) جواهر، ج ۲۹، ص ۲۴۸.

(۳) جواهر، ج ۲۹، ص ۲۴۸.

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۱۲۳

یکی را رجم کردند، دیگری را حد زدند و دیگری را نصف حد زدند، چهارمی را معاف کرد و پنجمی را فرمود تعزیر کنید. حضرت تک تک موارد را توضیح داده و در مورد پنجمی فرمود:

ثمّ قال: و امّا الخامس فکان ذلک عنه بالشبهة فعزّرناه و ادّبناه. «۱»

منظور از شبهه چیست؟ در روایت تفسیری در مورد آن نشده است، احتمالًا مربوط به جائی است که شخص مقصّر بوده (صورت ظنّ و شک) که حدّ زنا ندارد ولی تعزیر و تأدیب دارد، و الّا اگر قاصر بود، تعزیر نداشت. اگر این حدیث سندی داشت فی الجمله مشکل را حل می کرد، البتّه فقط در موارد محدود.

پس کاری با تفسیر کلمهٔ وطی به شبهه نداریم، چون وقتی به دنبال تفسیر کلمه می‌رویم که یا در آیه باشد یا در روایت یا در معقدِ اجماعِ تعبّدی؛ ولی هیچ یک در اینجا نیست پس تفسیر وطی به شبهه را کنار می گذاریم.

ان قلت: اگر چنین است چرا کلمهٔ وطی به شبهه را مرتّباً تکرار می کنید؟

قلنا: منظور ما از وطی به شبهه همان عناوین عشره است. و این لفظ بار فقهی ندارد. کلید حل مسأله این است که احکامی را که دربارهٔ نسب صحیح و زنا هست، در نظر بگیریم و ببینیم احکام این عناوین عشره با احکام نکاح صحیح مطابق است یا با احکام زنا.

طریقهٔ ورود به مسأله:

اشاره

زنا و نکاح احکامی دارد و برای ملحق کردن وطی به شبهه به نکاح، باید این احکام را بررسی کنیم.

تفاوت بین نکاح و زنا:

چهار فرق است که بین زنا و نکاح بیان کرده‌اند:

۱- حد: زنا حد دارد و نکاح حد ندارد.

۲- مهر: زنا مهر ندارد ولی نکاح مهر دارد.

۳- عدّه: زنا عدّه ندارد (البته محل بحث است که بعضی عدّهٔ آن را یک حیض می‌دانند) ولی نکاح عدّه دارد.

۴- نسب: زنا نسب درست نمی کند (للعاهر الحجر) ولی نکاح نسب دارد.

۱۰۵ ادامهٔ مسئلهٔ ۳ ... ۵/ ۲/ ۸۰

راه بررسی:

اشاره

اکنون که می‌خواهیم بگوئیم وطی به شبهه ملحق به نکاح است باید ببینیم در چند مورد از این احکام ملحق به نکاح است؟
برای بررسی این احکام در مورد وطی به شبهه دو راه داریم:
۱- از طریق قاعده. ۲- از طریق روایات خاصّهٔ پراکنده، که فی الجمله مسأله را بیان می کند.

۱- از طریق قاعده:

اشاره

هل وطء الشبههٔ بحکم العقد فی جمیع هذه الاحکام الاربعهٔ؟

در اینجا چهار حکم عمده داریم:

۱- حد:

وطی به شبهه ملحق به نکاح است و حد ندارد مگر آنجائی که حجّت شرعیّه نداشته است مثلًا احتمال می‌داد که شوهرش مرده و شوهر کرد، در اینجا استصحاب می گوید که شوهر نمرده است و حجّت شرعی ندارد، پس اگر معلوم شد که شوهر زنده است، زن را حد می‌زنیم و یا مثلًا مست عصیانی عمدی که می‌دانست اگر مست شود سراغ این موارد می‌رود، معذور نیست پس قاعده اقتضا می کند که در تمام مواردی که معذور است حدّ شرعی ندارد (وطء الشبهه ملحق بالنکاح فی الموارد التی هو معذور بمقتضی القواعد).

۲- مهر:

روایت می گوید:
لا مهر لبغیٍّ
، امّا کسی که خطائی کرده و در خطایش معذور بوده، محترم است و بغیّ نیست و لذا باید مهریّه بدهد (مهر المثل) و در مواردی که معذور نیست مهر ندارد و عنوان بغی صدق می کند.

۳- عدّه:

اشاره

علما اجماع دارند که در موارد وطی به شبهه عدّه هست. صاحب جواهر می‌فرماید: لا خلاف فیه و لا اشکال «۲»، دلیل مسأله غیر از اجماع روشن است، چون اگر نطفه‌ای منعقد شود حلال و محترم است و لذا عدّه دارد و امّا در مواردی که معذور نبود حکم زنا دارد.

آیا زنا عدّه دارد؟

این مسأله محلّ بحث است، مرحوم صاحب عروه «۳» در این باره بحثی دارد. ایشان می‌فرماید روایاتی داریم که می گوید باید عدّه نگه دارد: «و الاحوط الاولی ان یکون بعد استبراء رحمها بحیضهٍ من مائه». (یک بار حائض شود برای او کافی است) ایشان

می‌خواهد بفرماید که عدّه مستحبّ است و یا بدون عدّه کراهت دارد ولی ما قائل به احتیاط هستیم.
مرحوم شهید ثانی می‌فرماید: اگر عدّه نگه ندارد و فرزندی متولد شود معلوم نیست که از اوست یا نه.

---

(۱) وسائل، ج ۱۸، ح ۱۷، باب ۱ از ابواب حدّ زنا.

(۲) جواهر، ج ۳۲، ص ۲۴۶.

(۳) عروه، احکام نکاح، فصل ۴، مسئلهٔ ۱۷، ص ۸۲۳.

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۱۲۴

بحث ما در عدّهٔ زنا نیست، بلکه در عدّهٔ وطی به شبهه است که گفتیم مثل عدّهٔ زنان مزوّجه است و لذا بحث عدّهٔ زانیه در جای خودش بحث خواهد شد.

۴- نسب:

المشهور الحاق النسب فی جمیع احکام، حتّی الارث، ما در مسئلهٔ نکاح، زنا را به نسب ملحق کردیم؛ پس وطی به شبهه را هم ملحق می کنیم و
«للعاهر الحجر»
در اینجا جاری نیست، چون اب و ابن وام ... صادق است و شارع نفی نسب نکرده است، پس ولد شبهه ملحق به ولد نکاح است، در حضانت، ارث، نکاح ...، البتّه در مواردی که معذور است تمام احکام نکاح جاری است و در جائی که معذور نیست احکام زنا جاری می‌شود.

نتیجه:

طبق قاعده در بررسی احکام، وطی به شبهه به نکاح ملحق می‌شود، به شرط اینکه معذور باشد.

جمع‌بندی:

تعاریف را کنار گذاشتیم و گفتیم مشکلی را حل نمی‌کند چون در کتاب و سنّت وطی به شبهه نداریم پس باید سراغ احکام برویم و از طریق قاعده وارد شویم که علی القاعده در آنجائی که معذور است، ملحق به نکاح می‌شود.
۱۰۶ ادامهٔ مسئلهٔ ۳ ... ۸/ ۲/ ۸۰

۲- روایات خاصّه:

در این روایات کلمهٔ وطی به شبهه نیست، ما هستیم و مصادیق آن، و حتّی تمام احکام هم در یک روایت بیان نشده است، بلکه در روایات یا بیان حکم عدّه، یا مهریّه، یا حکم ولد و یا عدم حد شده است. اسناد بعضی از این روایات، معتبر، و بعضی مشکل دارد؛ ولی اگر این روایات را کنار هم بگذاریم شاید بتوانیم یک قانون کلّی که در کلمات علماء آمده و از قواعد استفاده کردیم، از آن استخراج کنیم.
از طرف دیگر، تمام مصادیق شبهه در این روایات نیست، بلکه غالباً مسئلهٔ جهل است، و گاهی جنون. این روایات عمدتاً در سه باب آمده است:

...* عن زرارة، عن ابی جعفر علیه السلام قال: اذا نعی الرجل الی اهله أو خبّروها انّه طلّقها فاعتدّت ثم تزوّجت فجاء زوجها بعد، فانّ الاوّل احقّ بها من هذا الرجل، دخل بها او لم یدخل بها

(زوج اوّل)

، و لها من الآخر المهر بما استحلّ من فرجها، قال: و لیس للآخر ان یتزوّجها ابداً «۱»

(چون ازدواج به ذات بعل عن جهلٍ مع الدخول است).

در روایت فقط مسئلهٔ مهر بیان شده است و در مورد ولد و عدّه صحبتی نیست، منتهی بحث در این است که آیا این روایت معذور و غیر معذور را شامل می‌شود (عام) یا مواردی را شامل می‌شود که دلیل شرعی داشته باشد (خاص)؟

ظاهراً شامل جائی است که دلیل شرعی دارد و معذور است، پس این روایت از دو جهت محدود است، از جهت حکم فقط شامل حکم مهر است و از نظر مورد هم شامل موردی است که دلیل و حجت شرعی دارد.

...* عن محمّد بن مسلم، عن ابی جعفر علیه السلام قال: سألته عن رجلین شهدا علی رجلٍ غایب عند امرأته انّه طلّقها فاعتدّت المرأة و تزوّجت ثمّ انّ الزوج الغائب قدم فزعم

(ای علم)

انّه لم یطلّقها فاکذب نفسه احد الشّاهدین، فقال: لا سبیل للاخیر علیها

(چون نکاح به ذات بعل است)

و یؤخذ الصداق من الذی شهد فیردّ علی الاخیر، و الاوّل املک بها و تعتدّ من الاخیر و لا یقرّبها الاوّل حتّی تنقضی عدّتها «۲».

در این روایت حکم مهریّه و عدّه بیان شده است و معلوم می‌شود که مهریّه ثابت است و زن باید عدّه نگه دارد و مورد روایت در جائی است که شخص از طریق معتبر اقدام کرده است.

...* عن محمّد بن قیس قال: سألت أبا جعفر علیه السلام عن رجل حسب اهله انّه قد مات او قتل فنکحت امرأته و تزوّجت سرّیته

(کنیزش)

و ولدت کل واحد منهما من زوجها فجاء زوجها الاوّل و مولی السّریه، قال: فقال: یأخذ امرأته فهو احقّ بها و یأخذ سرّیته و ولدها

(چون از کنیز او استیلاد شده است)

أو یأخذ

(مولی)

رضا من ثمنه «۳»

(ای ولد).

ذیل روایت به این معنی است که مولی ثمن ولد را از شوهر کنیز می‌گیرد؛ ولی ما قاعده‌ای داریم که ولدِ شخص حرّ نمی‌تواند عبد باشد، پس در ما نحن فیه، حدّ اکثر این است که وطی به شبهه بوده، و چون ولد، حر شده است (در واقع منفعت مولی فوت شده است) مولی باید ثمن بچّه را (اگر عبد بود چه قیمتی داشت) بگیرد. پس مولی ولد را به عنوان گروگان برای اخذ ثمن نگه می‌دارد. طبق این تفصیل ولد، مال شوهر کنیز می‌شود. پس از این روایت فقط حکم الحاق ولد استفاده می‌شود.

...* عن زرارة، عن ابی جعفر علیه السلام قال: اذا نعی الرجل الی اهله او خبّروها انّه قد طلّقها فاعتدّت ثم تزوّجت فجاء زوجها الاوّل، قال:

---

(۱) ح ۱، باب ۳۷ از ابواب عدد.

(۲) ح ۲، باب ۳۷ از ابواب عدد.

(۳) ح ۳، باب ۳۷ از ابواب عدد.

كتاب النكاح (مكارم)، ج۲، ص: ۱۲۵

الاوّل احقّ بها من الآخر دخل بها او لم يدخل بها، و لها من الآخر المهر بما استحلّ من فرجها «۱»

(اين روايت در واقع همان روايت قبلى زرارة است).

...* عن ابى بصير و غيره، عن ابى عبد اللّه عليه السلام انّه قال فى شاهدين شهدا على امرأة بانّ زوجها طلّقها أو مات عنها فتزوّجت ثم جاء زوجها، قال: يضربان الحدّ

(به معنى تعزير است چون در اين مورد حد نداريم)

و يضمّنان الصداق للزوج بما غرّاه ثم تعتدّ و ترجع الى زوجها الاوّل «۲».

اين روايت حكم صداق و مهر را بيان مى‌كند و مورد هم در جائى است كه طريق معتبر دارد.

...* عن ابن بكير او عن ابى العباس، عن ابى عبد اللّه عليه السلام فى المرأة تزوّج فى عدّتها، قال: يفرّق بينهما و تعتدّ عدّة واحدة منهما جميعاً «۳»

(ممكن است طريق شرعى داشته باشد يا احتمال مى‌داده است؛ ولى تعمّد محض را شامل نمى‌شود).

شاهد در اين است كه مقدار باقى‌ماندهٔ از عدّهٔ زوج اوّل با عدّهٔ وطى به شبهه تداخل مى‌كند، پس وطى به شبهه عدّه دارد، منتهى از نظر مورد، احتمال دارد كه عام باشد و جائى را هم كه دليل معتبر شرعى ندارد شامل شود.

۱۰۷ ادامهٔ مسئلهٔ ۳ ... ۹/ ۲/ ۸۰

...* عن زرارة، قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن امرأة نُعى اليها زوجها فاعتدّت

(عدّهٔ وفات)

فتزوّجت فجاء زوجها الاوّل ففارقها و فارقها الآخر، كم تعتدّ للنّاس؟ قال: بثلاثة قروء

(حيض)

و انّما يستبرأ رحمها بثلاثة قروء، تحلّها للنّاس كلّهم، قال زرارة: و ذلك أنّ اناساً

(فقهاء عامّه)

قالوا: تعتدّ عدّتين لكل واحدةٍ عدّة، فأبى ذلك أبو جعفر عليه السلام و قال: تعتدّ ثلاثة قروء فتحلّ للرجال «۴».

نكاتى از اين حديث استفاده مى‌شود:

نكتهٔ اوّل: روايت مى‌گويد عدّهٔ واحده بجا مى‌آورد. آيا اين عدّه مربوط به شوهر اوّل است يا شوهر دوم؟ روايت دو احتمال دارد:

۱- عدّه براى شوهر اوّل است و دومى كه وطى به شبهه است، عدّه نمى‌خواهد (شاهدى بر بحث ما نيست).

۲- ادغام دو عدّه (وطى به شبهه و طلاق) كه اگر چنين باشد، شاهد براى بحث ما است.

و لكنّ الإنصاف: ظاهراً تداخل عدّتين است، چون راوى مى‌گويد كه اهل سنّت دو عدّه قائل هستند و امام مى‌فرمايد دو عدّه متداخل هستند.

نكتهٔ دوم: اهل سنّت هم مسئلهٔ وطى به شبهه را مثل نكاح مى‌دانند بلكه شديدتر، به طورى كه دو عدّه قائلند، يك عدّه براى طلاق شوهر اوّل و يك عدّه براى وطى به شبهه از شوهر دوم.

نكتهٔ سوم: آيا اين زن از طريق معتبر باخبر شده يا اينكه اعم از طريق معتبر و غير معتبر؟ اگر بگوئيم مراد عام است (طريق معتبر و غير معتبر)، بسيارى از شقوق مسأله را شامل مى‌شود و اگر بگوئيم خاصّ است، فقط شامل طرق معتبر مى‌شود. روايت از اين جهت در

مقام بیان نیست و بعید نیست که بگوئیم مراد خاصّ است.

...* عن یونس عن بعض اصحابه

(حدیث مرسله است)

فی امرأة نعی الیها زوجها فتزوّجت ثم قدم زوجها الاوّل فطلّقها و طلّقها الآخر

(دومی که طلاق لازم ندارد، پس منظور طلاق لغوی به معنی رها کردن است)

، فقال ابراهیم النخعی: علیها ان تعتدّ عدّتین، فحملها زرارة الی ابی جعفر علیه السلام فقال: علیها عدّة واحدة. «۵»

...* عن جمیل عن بعض اصحابه

(روایت مرسله است)،

عن احدهما

(امام باقر یا امام صادق) علیه السلام

فی المرأة تزوّج فی عدّتها قال:

یفرّق بینهما و تعتدّ عدّة واحدة منهما جمیعاً

(صراحت دارد که عدّه برای هر دو است، هم وطی به شبهه و هم عدّه‌ای که در آن بوده است)

و ان جاءت بولد لستّة أشهر أو اکثر فهو للاخیر و ان جاءت بولد للاقل من ستّة اشهر فهو للاوّل. «۶»

ظاهراً نکته‌اش این است که فراش موجود فعلی، دوّمی است، و ولد شبهه حکم فراش دارد، اگر شش ماه یا بیشتر باشد که به دومی بخورد، دومی مقدّم است، امّا اگر به فراش دوّم نخورد (مثلًا پنج‌ماهه ولدی آورد) معلوم می‌شود که برای فراش اوّل است. روایت صریحاً ولد را منتسب می‌داند و تمام احکام ولد را در وطی شبهه جاری می‌داند.

تا اینجا نُه حدیث بیان شد که بعضی حکم عده، بعضی حکم مهر و بعضی حکم ولد را بیان می‌کرد، دو حدیث دیگر هم داریم که در باب شبهه به معنی اشتباه نیست، بلکه برای اکراه و اجباری است که از مصادیق وطی به شبهه قرار دادیم.

---

(۱) ح ۴، باب ۳۷ از ابواب عدد.

(۲) ح ۵، باب ۳۷ از ابواب عدد.

(۳) ح ۶، باب ۳۷ از ابواب عدد.

(۴) ح ۱، باب ۳۸ از ابواب عدد.

(۵) ح ۲، باب ۳۸ از ابواب عدد.

(۶) ح ۱۴، باب ۱۷ از ابواب مصاهرات.

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۱۲۶

...* عن محمّد بن عمرو بن سعید، عن بعض اصحابنا

(حدیث مرسله است ولی معمول بها است)

قال: أتت امرأة الی عمر فقالت: یا امیر المؤمنین انّی فجرت فاقم فیّ حدّ اللّه، فأمر برجمها و کان علی علیه السلام حاضراً فقال له: سلها کیف فجرتِ؟ قالت: کنت فی فلاة من الارض فأصابنی عطش شدید، فرفعت لی خیمة فأتیتها فأصبت رجلا اعرابیاً، فسألته الماء فأبی علیّ أن یسقینی الّا ان امکنّه من نفسی، فولّیت منه هاربة، فاشتدّ بی العطش حتّی غارت عینای و ذهب لسانی، فلمّا بلغ منّی

(در آستانهٔ مرگ قرار گرفتم)

أتيته فسقانى و وقع علىّ، فقال له علىٌّ عليه السلام: هذه الّتى قال اللّه عزّ و جلّ:
«فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بٰاغٍ وَ لٰا عٰادٍ» * هذه غير باغية و لا عادية اليه فخلٍّ سبيلها
(بگذار برود)
، فقال عمر: لو لا على لهلک عمر. «۱»
در اينجا تنها حكم عدم حدّ است، پس وقتى حدّى نباشد، زنا نيست و وقتى زنا نبود بالملازمه نسب، و مهر و عدّه هست.
* محمّد بن محمّد المفيد فى الارشاد
(سند ندارد)
قال: روى العامة و الخاصّة
(حديثى است مشهور بين شيعه و اهل سنّت كه شهرتش قابل توجه است)
انّ امرأة شهد عليها الشهود انّهم وجدوها فى بعض مياه العرب مع رجل يطأها و ليس ببعل لها، فأمر عمر برجمها، و كانت ذات بعل
(رجم زن شوهردار در جائى است كه همسرش صبح و شام با اوست؛ ولى زنى كه در بيابان است شرايط رجم را ندارد)
فقالت: اللّهم انّک تعلم أنّى بريّةٌ، فغضب عمر و قال: و تجرح
(تُكَذِّبُ)
الشهود ايضاً؟! فقال امير المؤمنين عليه السلام: ردّوها و اسألوها فلعلّ لها عذراً، فردت و سُئلت عن حالها، فقالت: كان لاهلى ابل فخرجت مع ابل اهلى و حملت معى ماء و لم يكن فى ابلى لبن، و خرج معى خليطنا و كان فى ابلٍ له، فنفد مائى فاستسقيته فأبى أن يسقينى حتّى امكّنه من نفسى فأبيت، فلمّا كادت نفسى أن تخرج امكنته من نفسى كرهاً، فقال امير المؤمنين عليه السلام: اللّه اكبر «فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بٰاغٍ وَ لٰا عٰادٍ فَلٰا إِثْمَ» فلمّا سمع عمر ذلک خلّى سبيلها. «۲»
جمع‌بندى: مجموعاً يازده روايت نقل كرديم. بعضى در مورد اكراه، بعضى در مورد يقين و بعضى در مورد ظنّ است، بعضى حكم نسب، بعضى حكم حد و بعضى حكم مهر را بيان مى‌كند. اگر همه را به هم ضميمه كنيم و از مورد، الغاء خصوصيت كنيم از مجموع، يک قاعدهٔ كليّه استخراج مى‌شود.
لا يبعد، در تمام مواردى كه وطى به شبههٔ معذور است (هشت مورد از ده مورد) احكام عقد صحيح جارى است (مهر، نسب، عده، و عدم حد)
اضف الى ذلک: اگر مقتضاى قاعده را به آن ضميمه كنيم ديگر اشكالى در مسأله باقى نمى‌ماند و نياز به الاحوط نيست و احكام نكاح صحيح جارى مى گردد.
۱۰۸ ادامهٔ مسئلهٔ ۳ ... ۱۰/ ۲/ ۸۰

بقى هنا امورٌ:

الامر الاوّل: در وطى به شبهه نسبت به مواردى كه شخص معذور نيست چه حكمى جارى مى‌كنيم؟

آيا احكام زنا جارى مى‌شود؟ بعنوان مثال اگر زن، ظنّى پيدا كند كه شوهرش از دنيا رفته يا او را طلاق داده و با اين ظن، شوهر كند، ولى بعداً معلوم شود كه شوهرش نمرده يا او را طلاق نداده، امر او چگونه است؟
مرحوم صاحب جواهر «۳» اين مسأله را در جواهر مطرح و حقّ مسأله را ادا كرده است.
اين مسأله شقوقى دارد:

۱- ظنّ معتبر باشد (دو شاهد عادل)، در اين صورت بلا اشكال داخل در وطى به شبهه بوده و ولد ملحق به نسب صحيح و تمام احكام نكاح ثابت است.

۲- ظنّ غير معتبر باشد كه دو حالت دارد:

الف) مى‌داند ظنّ غير معتبر است و به ظنِّ غير معتبر نبايد اعتنا كرد (عالمٌ بالحكم و الموضوع)، در اين صورت اگر ازدواج كند زناست و تمام احكام زنا جارى مى‌شود.

ب) نمى‌داند كه شرعاً اين كار جايز نيست و لو قادر بر فحص هم بوده ولى سؤال نكرده است (جاهل قاصر يا جاهل مقصِّر)، ظاهر كلام علما اين است كه اين قسم را داخل در وطى شبهه دانسته و آن را زنا نمى‌دانند، اطلاق بعضى از روايات هم اين مورد را شامل مى‌شود.

صاحب جواهر در اينجا شاهد خوبى مى‌آورد و مى‌فرمايد:

بسيارى از مذاهب باطله نكاحهائى دارند كه در شرع اسلام باطل است (مثلًا نكاح با امهات و اخوات در مذهب مجوس) فقهاء اينها را ملحق به نسب صحيح دانسته‌اند، با اينكه مقصِّر بوده و دنبال مسأله نرفته است تا آن را بياموزد، پس اين دليل مى‌شود كه در صورت مقصّر بودن هم، وطى به شبهه است. همچنين حديث

«لكل قوم نكاح»

هم شاهد ديگرى است. حتّى در ميان مسلمين گاه مطلّقة ثلاث

(۱) وسايل، ج ۱۸، ح ۷، باب ۱۸ از ابواب حدّ زنا.

(۲) ح ۸، باب ۱۸ از ابواب حدّ زنا.

(۳) ج ۲۹، ص ۲۵۶.

كتاب النكاح (مكارم)، ج۲، ص: ۱۲۷

در مجلس واحد و يا كسى كه طواف نساء نكرده است، نكاح مى‌كند، در عين اينكه باطل است و مى‌توانسته است بپرسد؛ ولى با اين حال فرزندان او را ولد الزنا نمى‌دانيم، بلكه نسب آنها صحيح است.

امام (ره) در كلام خود در اين قسمت چنين مى‌فرمايد:

كما اذا وطأ اجنبيّة باعتقاد انّها زوجته، او مع عدم الطريق المعتبر عليه بل أو الاصل كذلك (كه امام اين را وطى به شبهه مى‌داند) و مع ذلك فالمسألة محل اشكال، چون راهى داشته و دنبال راه نرفته است مسئول است و مجازات دارد. ولى ظاهر اطلاقات ادلّه و كلمات علماء اين است كه صدق زنا نمى‌كند پس ما بر خلاف امام مثل صاحب جواهر مى‌گوئيم كه‌لا اشكال فيه.

الامر الثانى: هل فرق بين الاعمى و غيره فى وطى الشبهه؟

مشهور و معروف، عدم فرق است مرحوم صاحب جواهر مى‌فرمايد:

فلاـ فرق فى حكم الشبهة بين الاعمّى و غيره «۱» خلافا للشيخين (شيخ مفيد و شيخ طوسى) و ابن البراج كه قائل شده‌اند به اين كه ميان اعمى و غير اعمى فرق است و گفته‌اند كه اگر اعمى ادّعاى وطى به شبهه كند قبول نمى‌شود، ولى از غير اعمى قبول مى‌شود، چون اعمى مى‌فهمد كه نبايد مبتلى به شبهه شود و بايد احتياط كند (مثل اينكه بينا در جوى آب مى‌افتد ولى اعمى نبايد بيافتد چون احتياط مى‌كند).

لانه يجب عليه التحفظ و مع التحفّظ لا يقبل الشبهة منه.

علّت دیگر اینکه اگر ما اعمی را معذور بدانیم هر اعمائی که زنا کند بهانه می‌آورد که من ندیدم (و کان ذریعهٔ الی الزنا)
پس نکتهٔ مهم این است که خلط میان مقام ثبوت و اثبات شده است، ما در مقام ثبوت بحث می‌کنیم ولی اعمی در مقام اثباتی است، یعنی اگر به یقین بدانیم که اعمی اشتباه کرده، وطی به شبهه ثابت است و فرقی بین اعمی و غیر اعمی نیست و اگر فرقی هم باشد در مقام اثبات (مقام پذیرش دعوای شبهه و عدم پذیرش آن) است، نه در مقام ثبوت.

الامر الثّالث: اگر در حال مستی مواقعه انجام گیرد آیا احکام زنا دارد؟

مستی دو گونه است:
الف) جاهلًا، اکراهاً و اجباراً بوده است که در این صورت معذور است و هر عمل خلافی انجام دهد، حدّی بر او جاری نمی‌شود.
ب) عالماً و عامداً بوده، مرحوم صاحب جواهر این مسأله را عنوان کرده و می‌فرماید، احکام زنا جاری می‌شود چون سکرانِ متعمّد به حکم صاحی (هوشیار) است و هر جنایتی بکند مجازات می‌شود:
و لاـ یخفی علی من احاط بالنصوص الواردهٔ فی تحریم الخمر و کل مسکر انّها ظاهرهٔ او صریحهٔ فی ان السکران فی افعاله بمنزلهٔ الصاحی فی افعاله، فیترتّب ما یترتّب علیه من قَوَد (قصاص) و حدّ (بخاطر زنا) و نفی ولد و غیر ذلک، و هو معنی قولهم علیه السلام: «ان الخمر رأس کل اثم». «۲»
چگونه شراب کلید همهٔ گناهان است، اگر در مستی چیزی برای انسان ننویسند؟ البتّه روایتی نداریم که صریحاً بگوید انّ السّکران کالصاحی؛ ولی اینکه می گوید «رأس کل اثم» به همین معنی است.
هاهنا تفصیل:
شخص شراب‌خوار دو حالت دارد:
الف) می‌داند یا ظن دارد که اگر شراب بخورد مرتکب جنایتی می‌شود، در این صورت می‌توانیم مطابق فرمایش صاحب جواهر فتوا دهیم که احکام زنا و قتل نفس ... جاری می‌شود، الامتناع بالاختیار لا ینافی الاختیار.
ب) می‌داند که اگر شراب بخورد آزارش به کسی نمی‌رسد؛ ولی اتّفاقاً این دفعه که شراب خورد بر خلاف همیشه دست به جنایتی زد.
در اینجا مشکل است که این فرد را زانی بدانیم.
۱۰۹ ادامهٔ مسئلهٔ ۳ ... ۱۲/ ۲/ ۸۰

الامر الرابع: آیا در ولد شبهه رضاع اثر می‌کند؟

بعنوان مثال زنی خیال می‌کرد شوهرش از دنیا رفته، با شخص دیگری ازدواج کرد و بعد شوهرش پیدا شد، بچّه‌ای از شوهر دوم متولّد شده و با شیر آن (شوهر دوم) بچّه‌ای را شیر داده است. آیا این بچّه (مرتضع) با بچّهٔ وطی به شبهه، خواهر و برادر رضاعی هستند یا مسئلهٔ رضاع مربوط به شیر از طریق نکاح حلال و صحیح است؟
شیخ انصاری می‌فرماید:
امّا الوطء بالشبههٔ: فالمشهور إلحاقه فی النشر بالنکاح (نشر حرمت نکاح) و أخویه (ملک یمین و تحلیل)، کما فی غالب الاحکام، و تردّد فیه المحقّق فی الشرائع، و عن الحلّی الجزم بعدم النّشر اوّلًا

(۱) جواهر، ج ۲۹، ص ۲۵۶.

(۲) جواهر، ج ۲۹، ص ۲۴۷.

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۱۲۸

ثمّ بالنشر ثانیاً، ثم النظر و التردّد ثالثاً. «۱» (ابن ادریس در یک عبارت کوتاه سه قول دارد: جزم به عدم الحاق، جزم به الحاق، و تردید).

عبارت ابن ادریس چنین است:

و إنّما التأثیر للبن الولادهٔ من النکاح المشروع فحسب (پس زنا و شبهه فایده ندارد)، دون النکاح الحرام و الفاسد، و وطء الشبههٔ،...

و إن قلنا فی وطء الشبههٔ بالتحریم، کان قویّاً، لأنّ نسبه عندنا نسب صحیح شرعی، و الرسول صلی الله علیه و آله قال: «یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب» فجعله (نسب) اصلًا للرضاع وَ لِیَ فی ذلک نظر و تأمّل. «۲»

و لکن الانصاف: با آن بیاناتی که در ولد شبهه داشتیم، حلّ مشکل رضاع پیچیده نیست، چون طبق قواعد تمام احکام نسب برای ولد شبهه هست و همچنین روایات را ذکر کردیم که مهر و الحاق نسب و عدّه هست و حد برای ولد شبهه نیست. رضاع هم با بقیّه فرق نمی‌کند و در ولد شبهه، نسب وجود دارد. حال اگر از این شیر که شیر فحل است بچه‌ای بخورد احکام رضاع ملحق می‌شود.

نتیجه: یکی از احکام نکاح صحیح، رضاع است که این حکم را هم به ولد شبهه تسرّی می‌دهیم.

الامر الخامس: بیان شد که وطی شبهه مهر دارد، این مهر چه مهری است، آیا مهر المسمّی است

اشاره

(آنچه که عقد خوانده‌اند)، یا مهر المثل (مهری که شبیه این خانم با این صفات دارد) یا مهر السّنهٔ است؟ آیا مهر عقد دائمی داده می‌شود یا مهر عقد منقطع؟

وطی به شبهه دو رقم است:

الف: عقدی خوانده‌اند و مهری تعیین شده، مثل جائی که خبر مرگ شوهر یا خبر طلاق او را آورده‌اند، و زن بعد از عدّه، شوهر می‌کند و مهری قرار داده شده است (مهر المسمّی) بعد معلوم شد که شوهر نمرده یا طلاق نداده، حال این مهر که باید بدهند، آیا مهر المسمّی است که در این عقد خوانده‌اند، یا بگوئیم مهر کالعدم است لانّ العقد باطل، پس مهر المسمّی نیست.

اگر بگوئیم مهر المثلِ عقد دائم کامل را بدهند، مشکل است چون امروزه مهرهای سنگین معمول شده است و در قبال یک اشتباه مهر سنگینی باید بپردازند.

ب: وطی شبهه‌ای است که عقدی نخوانده‌اند، بلکه غیر زوجه را با زوجه اشتباه کرده، در اینجا سخن از مهر المسمّی نیست، پس باید سخن از مهر المثل به میان بیاید.

آیا مهر المثل حدّی دارد؟ مرحوم صاحب جواهر بحثی در ذیل کلام محقق دارد و می‌فرماید مشهور گفته‌اند مهر المثل درست است؛ ولی مهر المثل از مهر السّنهٔ (۵۰۰ درهم، و هر درهم، نیم مثقال نقره است) بالاتر نرود. «۳» آیا این حرف در همه جا درست است و هیچ مهر المثلی نباید از مهر السّنهٔ بالاتر برود؟!

آیا ادلّه به چنین مهری دلالت دارد؟ بحثی در باب مهور هست که اگر مهر المثل از مهر السّنهٔ تجاوز کند یُرَدّ الی مهر السّنهٔ. آیا این قانون در وطی به شبهه هم هست؟

۱۱۰ ادامهٔ مسئلهٔ ۳ ... ۱۵/ ۲/ ۸۰

اقوال:

مرحوم محقق در شرایع بعد از آن که می‌فرماید: عقد بدون مهر صحیح است و باید مهر المثل بپردازند می‌فرماید:

الثانیهٔ: المعتبر فی مهر المثل، حال المرأهٔ فی الشرف و الجمال و عادهٔ نسائها، ما لم یتجاوز السّنهٔ و هو خمسمائهٔ درهم «۴».

آیا همه جا این گونه است یا در خصوص کسی است که ذکر مهر نکرده است؟

صاحب جواهر بعد از نقل این عبارت می‌فرماید:

بل المشهور نقلًا و تحصیلًا، بل عن الغنیهٔ (ابن زهره) و فخر المحقّقین الاجماع علیه، و هو الحجّهٔ (اجماع حجت است)، مضافاً الی موثّق أبی بصیر عن الصادق علیه السلام. «۵»

و امّا مرحوم مغنیه در «الفقه علی المذاهب الخمسهٔ» (که علاوه بر مذاهب اربعهٔ اهل سنّت، مذهب امامیّه را هم آورده است) می‌فرماید:

الوطء بشبههٔ یوجب مهر المثل بالاتّفاق ... و یقاس مهر المثل عند الحنفیّهٔ بمثیلاتها من قبیلهٔ أبیها لا من قبیلهٔ أمّها، و عند المالکیّهٔ بصفاتها خَلْقا و خُلْقا، و عند الشّافعیّهٔ بنساء العصبات، ای زوجهٔ الاخ و العم، ثمّ الأخت الشقیقهٔ إلخ. و عند الحنابلهٔ الحاکم یفرض مهر المثل بالقیاس الی نساء قرابتها کامّ و خالهٔ. و قال الامامیّهٔ: لیس لمهر المثل تحدید فی الشرع فیحکّم فیه أهل العرف الذین یعلمون حال المرأهٔ نسباً و حسباً، و یعرفون أیضاً ما له دخل

---

(۱) کتاب النکاح، ص ۲۹۲.

(۲) سرائر، ج ۲، ص ۵۵۲.

(۳) ج ۳۱، ص ۵۴.

(۴) شرایع، ج ۲، احکام المهور، مسئلهٔ ۲.

(۵) جواهر، ج ۳۱، ص ۵۴.

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۱۲۹

و تأثیر فی زیادهٔ المهر و نقصانه علی شریطهٔ (به شرط) أن لا یتجاوز مهر السّنهٔ و هو ما یعادل ۵۰۰ درهم «۱».

پس مغنیه بالاتر نبودن مهر المثل از مهر السّنهٔ را منحصر به غیر وطی به شبهه ندانسته است.

در کتاب الفقه علی المذاهب الاربعهٔ چنین دارد:

و قد فسرّه بعضهم بانّه قدر ما یستأجر به مثلها للزنا لو جاز «۲» (چون عامّه قائل به نکاح موقّت نیستند چنین گفته‌اند).

و التحقیق فی المقام:

باید دید در روایات عبارت مهر المثل است یا عبارت دیگری؟

در روایت چنین آمده بود:

و لها من الآخر المهر بما استحلّ من فرجها «۳»

(کلمهٔ مهر المثل نداشت). «بما» چه معنائی دارد و «ال» در المهر چیست؟ آیا «ال» عهد است و منظور از آن مهرِ عقد دوّم است، یا اینکه «ال» جنس است و باء هم برای مقابله، یعنی به اندازه‌ای که استحلّ من فرجها.

مؤیّد اینکه «ال» در المهر برای عهد باشد (مهر المسمّای در عقد) روایت ابی بصیر است

و یضمّنان

(شاهدین)

الصداق للزّوج بما غرّاه «۴»

چرا در روایت می گوید صداق را به زوج می‌دهند؟ چون زوج قبلًا مهر المسمّی را داده است (در عرب مرسوم بوده که مهر را در هنگام عقد می‌دادند) و باید آن دو شاهد، مهر المسمّی را به زوج بدهند.

و لکن هیچ کس به مهر المسمّی فتوی نداده است، چون عقد فاسد بوده است.

تا اینجا دیدیم که در روایات ما تعبیر (لها من الآخر المهر بما استحلّ من فرجها) دارد که و لو روایت أبو بصیر مؤیّد است که حمل بر مهر المسمّی کنیم؛ ولی چون اعراض شده است، مهر المسمّی را کنار می گذاریم.

و امّا اگر مراد مهر المثل باشد، آیا مهر المثلِ عقد دائم است یا مهر المثل عقد منقطع؟ بعد از روشن شدن این مطلب باید ببینیم که آیا مهر المثل اگر از مهر السّنهٔ بالاتر بود در وطی به شبهه هم، به مهر السّنهٔ برمی گردد یا نه؟

۱۱۱ ادامهٔ مسئلهٔ ۳ ... ۱۶/ ۲/ ۸۰

بهتر است مسأله را از ابتدا تقسیم کنیم:

الف: وطی به شبهه متّکی به عقد نباشد (وطی در حال مستی یا نوم و یا بالاجبار)

در اینجا احتمال مهر المسمّی معنا ندارد و باید دو احتمال دیگر (مهر المثل یا مهر السّنّهٔ) را دنبال کنیم.

ب: وطی به شبهه متّکی به عقد باطلی باشد

(مثلًا خبر از موت شوهر یا طلاق او داده‌اند و عدّه نگه داشت و بعد ازدواج کرد؛ ولی بعداً معلوم شد که زوج او زنده است) و گاهی خالی از عقد است، اگر متّکی به عقد باشد، در اینجا احتمالات سه‌گانه (مهر المسمّی، مهر المثل، مهر السّنّهٔ) می‌آید.

از بعضی از روایات استفاده می‌شود که در این گونه موارد مهر المسمّی ثابت است، مثلًا روایتی که در مورد شاهدان «۵» بود و می‌فرمود اگر شاهدان به باطل شهادت دادند، باید مهر را بدهند که مهر المسمّی است و در روایت دیگر «۶» هم اگر «ال» در «المهر» را عهد بگیریم، دلیل بر مهر المسمّی می‌شود؛ ولی کسی به این معنا فتوا نداده است الّا شاذ، از مرحوم شیخ طوسی در کتاب مبسوط این قول نقل شده است که می‌فرماید:

لانّ العقد هو السبب فی ثبوت المهر، لانّه (عقد) الوجه فی الشبهۀ، فکان کالصحیح. «۷»

پس این عقدِ باطل، حکم عقد صحیح را دارد و همانگونه که در عقد صحیح مهر المسمّی ثابت است، در عقد باطل هم مهر المسمّی ثابت است، مرحوم شیخ در نهایه نیز مهر المسمّی را مطرح کرده است.

جواب از قول شیخ:

درست است که عقد سبب شبهه شده؛ ولی عقد سبب مهر نیست، بلکه مهر «بما استحلّ من فرجها» است، یعنی سبب مهر، دخول است و لذا اگر عقد را بخوانند (عقد باطل) و دخول نکنند، هیچ‌کس نمی گوید که باید مهر بدهد. پس مهر المسمّی اگر چه از بعضی روایات هم مؤیّد داشته باشد، قابل قبول نیست، چون مشهور از آن اعراض کرده‌اند و کسی به آن فتوی نداده است. پس باقی می‌ماند مهر المثل و مهر السّنّهٔ، کدام را باید انتخاب کنیم؟

مهر المثل، اگر به معنی مهر المثلِ عقدِ صحیحِ دائم باشد ضرر عظیمی بر زوج است، چون بی‌دلیل باید مهر عقد کاملی را بدهد،

(۱) الفقه علی المذاهب الخمسه، ص ۳۴۲- ۳۴۳.

(۲) الفقه علی المذاهب الاربعه، ج ۴، ص ۱۲۱.

(۳) ح ۱، باب ۳۷ از ابواب عدد.

(۴) ح ۵، باب ۳۷ از ابواب عِدَد.

(۵) ح ۵، باب ۳۷ از ابواب عِدَد.

(۶) ح ۴، باب ۳۷ از ابواب عِدَد.

(۷) مستمسک، ج ۱۴، ص ۱۴۷.

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۱۳۰

مخصوصاً در عصر ما که مهرها سنگین است. مگر اینکه بگوئیم مراد مهر المثلِ عقدِ منقطع است (که ظاهراً معقول است) چون بهره‌ای گرفته و مطابق آن باید مهریه را بدهد، و این همان است که اهل سنّت گفته‌اند که فرض کنیم اگر زنا صحیح بود، چقدر اجرت داشت، همان را بدهیم، این فرض بدان جهت است که آنها عقد منقطع را نمی‌پذیرند؛ ولی این فرض باطلی است و فرض باطل مبدأ احکام در شرع نمی‌شود. (چون ندیدند حقیقت، ره افسانه زدند).

البتّه ظاهر کلمات علما مهر المثلِ عقدِ دائم است و لو اسم دائم و منقطع را نیاورده‌اند؛ ولی مانعی ندارد که ما در مقابل دیگران قائل به مهر المثل عقد منقطع شویم یا لااقل احتیاط کنیم و بگوئیم که زن و مرد مصالحه کنند. پس اگر مخالفت مشهور نبود، می گفتیم که مهر المثلِ عقدِ منقطع ثابت است.

سلّمنا که قائل به مهر المثل عقد دائم شویم، آیا این مهر المثل اگر زائد بر مهر السّنّة شد، به مهر السّنّة برمی گردد؟ در اینجا سراغ بحث قبلی می‌رویم که مرحوم محقق در شرایع و صاحب جواهر و دیگران بحث کرده‌اند و گفته‌اند در مواردی که عقد صحیح است و مهر ذکر نشده، باید مهر المثل را بدهند، اگر زائد بر مهر السّنّة نباشد و در این مورد ادّعای اجماع یا شهرت شده است. پس اگر در آنجا قائل به بازگشت به مهر السّنة شویم، در وطی شبهه به طریق اولی باید قائل به بازگشت شویم، چون آنجا عقد صحیحی انجام شده و با اینکه عقدِ صحیحِ دائم است، مهر المثل می‌دهند و اگر بیشتر از مهر السّنّة بود به مهر السّنّة بازگشت می کند، در ما نحن فیه که عقد صحیحی هم نخوانده‌اند به طریق اولی به مهر السّنّة برمی گردد و لذا مرحوم مغنیه «۱» این بحث را به وطی شبهه هم سرایت داده است.

و امّا روایاتی که می گوید

«یردّ الی مهر السّنة»

، عمدتاً سه روایت است که دو مورد آن معتبر و یکی غیر معتبر است و مشهور هم که در باب مهر المثل چنین فتوائی داده‌اند به این روایات تمسّک کرده‌اند.

...* عن ابی بصیر قال: سألته عن رجل تزوّج امرأة

(ازدواج صحیح)

فوهم أن یسمّی لها صداقاً

(فراموش کرد و خیال کرد که مهر را تعیین کرده است)

حتّی دخل بها، قال: السّنّة و السّنّة خمس مائة درهم. «۲»

(این تفسیر یا از امام است یا از راوی)

ان قلت: امام از اول فرموده‌اند مهر السنهٔ و نفرمودند مهر المثل و اذا تجاوز یردّ الی مهر السّنّهٔ و صحبتی از مهر المثل نیست و این خلاف کلام مشهور است و دلیلی بر کلام مشهور نمی‌تواند باشد.

قلنا: شاید این ناظر به غالب باشد، مخصوصاً در زمان امام صادق علیه السلام که مردم نوعاً از نظر مالی وضعیّت خوبی داشتند و غالباً مهرالمثل‌ها بالاتر از مهر السّنّهٔ بوده و بدین جهت امام فرموده مهر السّنّهٔ.

ان قلت: این روایت در مورد عقد صحیح است، چرا در وطی به شبهه به آن استناد می‌کنید؟

قلنا: اگر در عقد صحیح قائل به مهر السّنّهٔ باشیم، در عقد باطل و جائی که اصلًا عقدی خوانده نشده است به طریق اولی قائل به مهر السّنّهٔ می‌شویم.

…* عن اسامهٔ بن حفص و کان قیماً لأبی الحسن موسی علیه السلام قال:

قلت له: رجل یتزوّج امرأهٔ و لم یُسمّ لها مهراً، و کان فی الکلام:

أتزوّجکِ علی کتاب اللّه و سنّهٔ نبیّه، فمات عنها، أو أراد أن یدخل بها فما لها من المهر؟ قال: مهر السّنّهٔ، قال: قلت: یقولون (عامّه)

: لها مهور نسائها، فقال: مهر السّنّهٔ

(از اینجا معلوم می‌شود که مهر المثل بیش از مهر السّنهٔ بوده است)

و کلّما قلت له شیئاً، قال: مهر السّنّهٔ. «۳»

چیزی در مدح و توثیق «اسامهٔ بن حفص» در رجال نیامده و فقط این جمله را دارد که‌و کان قیماً لأبی الحسن موسی علیه السلام، در کتب رجال هم همین را آورده‌اند؛ ولی قاعدتاً کسی را که امام به عنوان قیّم در امور مالی انتخاب می‌کند، باید شخص ثقه‌ای باشد، پس همین را دلیل بر وثاقتش می‌گیریم.

۱۱۲ ادامهٔ مسئلهٔ ۳ … ۱۷/ ۲/ ۸۰

روایت سوّمی هم داریم که دلالتش خوب است ولی سند ندارد:

* دعائم الاسلام: عن جعفر بن محمّد علیه السلام، انّه قال: من تزوّج امرأهً علی مهر مجهول، لم یفسد النکاح، و لها مهر مثلها ما لم یتجاوز مهر السّنّهٔ، خمس مائهٔ درهم «۴».

این روایت از جهت سند ضعیف است؛ ولی اصحاب به مضمونش فتوی داده‌اند. به علاوه، دو حدیث قبلی را هم ضمیمه می‌کنیم و مشکلی ندارد.

تا اینجا ظاهر روایات این است که اگر مهر المثل در موارد مجهول، بیش از مهر السّنهٔ باشد، به مهر السّنهٔ برمی‌گردد. بعضی از فقها به کلام مشهور اشکال نموده و حتّی در شهرت آن هم دغدغه ایجاد کرده‌اند. از جمله علّامهٔ سبزواری که می‌فرماید: قاعدهٔ معمول

---

(۱) الفقه علی المذاهب الخمسهٔ، ص ۳۴۳.

(۲) وسائل، ج ۱۵، ح ۲، باب ۱۳ از ابواب مهور.

(۳) ح ۱، باب ۱۳ از ابواب مهور.

(۴) مستدرک، ج ۱۵، ح ۲، باب ۴۳ از ابواب مهور.

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۱۳۱

ما در این گونه موارد، در سراسر فقه، حمل بر استحباب است، چون در ما نحن فیه روایاتی داریم که می‌گوید مهر المثل را بدهند و

شما می‌خواهید آن را حمل بر مهر السّنّهٔ کنید، چگونه است که در این گونه موارد در جاهای دیگر حمل قید بر استحباب می‌شود؛ ولی در اینجا حمل قید بر استحباب نکردید «۱».

ولی این کلام عجیب است، چون قاعدهٔ مسلّم در سراسر فقه در عامّ و خاص و مطلق و مقیّد، تقیّد است و اگر ممکن نشد حمل بر استحباب. ما نحن فیه از همین قبیل است که روایات در مورد عدم ذکر مهر می گوید

مهر نسائها

(مهر المثل) این مطلق و عام است، و این دو سه روایت هم می گوید مهر السّنّهٔ، که این مقید است، ابتداءً روایات را تقیید می‌زنیم و اگر ممکن نشد حمل بر استحباب می کنیم. پس اشکال ایشان وارد نیست و ما قائل به کلام مشهور هستیم.

اللّهم الّا ان یقال: اگر ما بخواهیم تخصیص بزنیم و مقیّد کنیم، تخصیص اکثر لازم می‌آید چون مهر المثل غالباً بالاتر از مهر السنهٔ است (در زمان ما که این گونه است) آیا در زمان امام صادق علیه السلام هم مهرالمثلها بالا بوده است، و یا سنّت عربها این بود که مهر را سبک می گرفتند، چون نقداً مهر را می‌پرداختند؟ اگر بتوانیم بگوئیم که در آن عصر هم مهرالمثل‌ها بالا بوده‌اند، در این صورت تخصیص اکثر می‌شود، بنابراین طبق بیان آقای سبزواری قید را استحبابی می گیریم (مهر السّنهٔ حمل بر استحباب می‌شود) ولی اگر نتوانیم آن را بگوئیم، باید قائل به وجوب شویم.

نتیجه: چون این مسائل مشکوک شد که آیا در زمان امام صادق علیه السلام مهرالمثل‌ها بالا بوده یا نه، و اینکه آیا قاعدهٔ تقیید و اطلاق را جاری کنیم یا قید را استحبابی بگیریم، لذا باید بگوئیم احتیاط این است که مصالحه کنند بر مهر عقد بین دائم و منقطع و همچنین در مورد مهر السّنهٔ مشکل است فتوی دهیم که به خاطر یک اشتباه، مهر سنگین عقد دائم را بپردازد.

البتّه اگر زن باکره باشد و دخول صورت بگیرد و ازالهٔ بکارت شود در عرف هم مهرش سنگین است.

«هذا تمام الکلام فی مسائل الوطء بالشّبههٔ»

[مسألهٔ مستحدثهٔ] شبیه‌سازی (الاستنساخ)

اشاره

مسألـهٔ مستحدثه‌ای که این روزها پیدا شده است مسئلهٔ شبیه‌سازی است. یعنی بدون ترکیبِ نطفهٔ مرد و زن، انسانی از جزء بدن انسانی متولد شود.

عنوان مسأله:

بدن انسان از سلّول‌ها ترکیب شده، که کوچک‌ترین اجزاء بدن هستند. هر سلول، تمام اوصاف انسان را در بر دارد و اگر بتوانیم آن را پرورش دهیم یک انسان کامل می‌شود. اخیراً روی حیوانات این آزمایش نتیجه داده است. یعنی یک سلّول را از بدن حیوان یا از خون حیوان می گیرند و آن را در درون تخمکی که داخل آن خالی شده (پوستهٔ تخمک) قرار داده (بدون اینکه ترکیبی صورت گیرد) و سپس در رحم حیوانی می کارند و پرورش پیدا می کند و حیوانی می‌شود درست شبیه حیوانی که سلّول از او گرفته شده است.

در انسان هنوز این کار به جهت ممنوعیّت‌های قانونی انجام نشده است و اگر هم انجام داده باشند، هنوز اعلام نشده است.

این مسأله اگر با دقّت ملاحظه شود، مثل قلمه زدن در گیاهان است که هم قلمه و هم زمین مساعد را خدا آفریده است و در مورد انسان هم همین است، پس از نظر تشکیلات آفرینش یک بذرافشانی و قلمه زدن است و چیز عجیبی نیست. این عمل را cloning (تکثیر کردن) می گویند.

در اینجا سؤالاتی مطرح است:

آیا این کار جایز است؟ بچّه‌ای که متولّد می‌شود چه حکمی دارد؟ آیا احکام و محرّمات نسبیّه را دارد؟ آیا جانشینِ همان شبیه است؟ از چه کسانی ارث می‌برد؟ آیا از اقوام شبیه ارث می‌برد؟ نفقه و حضانت چنین بچّه‌ای با کیست؟ اگر کسی او را به قتل برساند آیا قصاص و دیه دارد؟ اگر مسلمان شود آیا اسلامش پذیرفته می‌شود؟

نکته: در حدود سی سال قبل که کتاب «معاد و جهان پس از مرگ» را نوشتیم در شبهۀ آکل و مأکول این فرض را داشتیم که اگر انسانی از بدن انسان دیگر تغذیه کند (بلاواسطه یا مع الواسطه) و مقداری از بدن انسان اوّل جزء بدن او شود، در روز قیامت که معتقد به معاد جسمانی هستیم، آیا انسان اوّل از انسان دوّم جدا می‌شود؟ اگر جدا شود انسان دوّم ناقص می‌شود و اگر جدا نشود انسان نیکوکار و بدکار با هم مخلوط است، پس امر چگونه است؟

جواب‌هائی داده شده، من جمله جوابی که ما داده‌ایم بعنوان یک نظریّه، این است که حتّی اگر یک سلّول از انسان دوّم هم باقی بماند، از پرورش یک سلّول بقدرت خداوند، انسان دوّمی ساخته شود و انسان اوّل هم به جای خودش هست.

---

(۱) مهذّب الاحکام، ج ۲۵، ص ۱۵۲.

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۱۳۲

۱۱۳ مسئلۀ مستحدثه (شبیه‌سازی ...) ۱۸/ ۲/ ۸۰

البحث فی مقامین:

المقام الاوّل: آیا اصل این عمل در مورد انسانها جایز است؟

در مورد حکم شرعی از سه جهت صحبت می‌شود:

۱- از نظر لوازم و عوارض:

این کار مسلّماً مستلزم نظر و لمس حرام است (به جهت کاشتن در درون رحم) مگر اینکه کسی که این کار را می‌کند شوهرِ زن باشد که فرض نادری است.

۲- از نظر عنوان اوّلی:

اصل اباحه است چون آیه و روایت و اجماع و دلیل عقلی بر حرمت شبیه‌سازی نداریم، و از مسائل مستحدثه است.

۳- از نظر عنوان ثانوی:

اشاره

این عمل از نظر مسائل اخلاقی و حقوقی جوانب مختلفی دارد.

الف: از نظر اخلاقی:

اگر این باب مفتوح شود که از شبیه‌سازی فرزندانی متولد شود، در این صورت ممکن است مسئلهٔ نکاح و ازدواج که یک امر طبیعی است، برچیده شده و نظام خانوادگی مختل شود و بسیاری از زنان بی‌شوهر باردار شوند و یا زنی از وجود خودش باردار شود، که ظاهراً مادر و فرزند هستند؛ ولی به یک معنی دوقلو هستند. اخلاق در سطح جهان این عمل را نمی‌پذیرد، زیرا باعث اضمحلال در جوامع بشری می‌شود.

ب: از نظر مسائل حقوقی:

این بچه نه پدری دارد (چون از نطفهٔ مرد نیست) و نه مادری (چون ترکیب نطفه نیست)، و نه خواهری دارد و نه برادری و نه منتسب به فامیل، و در رحمی پرورش پیدا کرده که مادرش نیست بلکه مادر جانشین است.

ج: از نظر مسائل اجتماعی:

اختلافات زیادی ایجاد می‌کند و ارکان جامعه را بهم می‌ریزد.

ان قلت: این کار فوائد زیادی هم می‌تواند داشته باشد.

فایدهٔ اوّل:

سلّولهای نوابغ را بگیرند و نگهداری کنند و در هر عصر و زمانی نوابغی درست کنند و شبیه‌سازی سر از نابغه‌سازی در بیاورد، چون نوابغ سرمایه‌ای برای امّتها و ملّت‌ها هستند.

قلنا: اوّلًا: آیا شبیه نابغه هم نابغه خواهد شد؟ هذا اوّل الکلام، چون در شبیه‌سازی جنبه‌های جسمانی شبیه هم می‌شود، حتّی دوقلوها هم از نظر استعداد در بسیاری از موارد شبیه هم نیستند.

ثانیاً: سلّمنا که بتوان نوابغی بوجود آورد. معلوم نیست که نوابغ هم اگر در جامعه‌ای زیاد شوند جامعه خوشبخت شود، چون ممکن است خودِ نوابغ با هم اختلاف داشته باشند (جنگ نوابغ).

ثالثاً: اگر این باب مفتوح شود، ممکن است جانیان را هم شبیه‌سازی کنند، بنابراین بهتر است کار روی حسابی باشد که نظام آفرینش دارد. پس این که گمان شود شبیه‌سازی فوائدی دارد در کنار آن مضرّات زیادی هم دارد که قابل کنترل نخواهد بود.

فایدهٔ دوّم: بوسیلهٔ شبیه‌سازی پیوند اعضاء انجام داده و افرادی را از این طریق از مرگ نجات دهند.

قلنا: جواب آن معلوم است، چون مثلًا کلیه را به تنهائی نمی‌توان شبیه‌سازی کرد، بلکه باید انسانی بسازیم و آن را قطعه‌قطعه کنیم و قطعات بدنش را بر انسان دیگر پیوند بزنیم و حال آنکه انسان شبیه‌سازی شده هم حقّ حیات دارد، پس ترمیم اعضاء به قیمت کشتن انسانها خواهد بود و این کار جایز نیست.

پس از نظر عناوین ثانویّه این کار برای جامعهٔ بشری خطرناک است و تمام اقوام و ملل جهان آن را خلاف مسائل اخلاقی می‌دانند و حتّی بسیاری از دولتها با تصویب قانون، این کار را ممنوع دانسته‌اند.

۱۱۴ مسئلهٔ مستحدثه (شبیه‌سازی ...) ۱۹/ ۲/ ۸۰

بعضی برای حرمت شبیه‌سازی، سه دلیل اقامه کرده‌اند:

دلیل اوّل: اصالهٔ الحرمهٔ

بدن ما ملک خداست و ما اجازه‌ای نداریم که از آن برداریم و روی آن کار کنیم و در تخمک مادّه قرار دهیم، تا در رحم بماند و

پرورش پیدا کند.

قلنا: این منطق اصالهٔ الحظری‌هاست که اصل را در همهٔ اشیاء حرمت می‌دانند؛ ولی اصل در اشیاء اباحه است و اینکه ما ملک خدا هستیم مالکیّت تکوینیّهٔ الهی است و در مقابل داریم که خَلَقَ لَکُمْ مّا فِی الْأَرْضِ جَمِیعاً و یاالناس مسلّطون علی اموالهم و انفسهم که اینها با مالکیّت تکوینیّهٔ الهی منافات ندارد و بر فرض هم ملک خدا باشد، خدا خودش بر اساس

کل شیء لک حلال

اجازه داده است.

دلیل دوّم: آیهٔ فَلَیُغَیِّرُنَّ خَلْقَ اللّهِ «... ۱»

شیطان می‌گوید انسانها را وسوسه می‌کنم تا خلق خدا را تغییر

---

(۱) آیهٔ ۱۱۹، سورهٔ نساء.

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۱۳۳

دهند پس نباید خلق خدا را تغییر بدهیم و شبیه‌سازی هم نوعی تغییر خلق اللّه است.

قلنا: اوّلًا (جواب نقضی) در این صورت از خیلی از کارها باید جلوگیری کنید مثلًا جراحیِ زیبائی (عملیّهٔ التجمیل) را باید حرام بدانید، و یا جرّاحی برای جداسازی انگشت ششم و یا جدا کردن دوقلوهای به هم چسبیده و یا ترکیب انواع گیاهان با هم و تولید گیاهان جدید که اینها همه تصرّف در خلق اللّه است و باید بگوئید همه حرام است، در حالی که هیچ کدام حرام نیست.

ثانیاً (جواب حلّی): «خَلْقَ اللّهِ» در آیه اشاره به فطرت اللّه است، یعنی من اینها را وسوسه می‌کنم تا فطرت اللّه را تبدیل به کفر کنم، چون می‌فرماید فِطْرَتَ اللّهِ الَّتِی فَطَرَ النّاسَ عَلَیْها لا تَبْدِیلَ لِخَلْقِ اللّهِ «۱» که در ذیل آیهٔ فطرت است و فَلَیُغَیِّرُنَّ خَلْقَ اللّهِ را تفسیر می‌کند. پس آیه مربوط به توحید و شرک است و ربطی به جرّاحی و شبیه‌سازی ندارد.

دلیل سوم: التفرقهٔ بین المرء و زوجه

معتقدند به مقتضای آیهٔ فَیَتَعَلَّمُونَ مِنْهُما ما یُفَرِّقُونَ بِهِ بَیْنَ الْمَرْءِ وَ زَوْجِهِ «۲» این کار حرام است، یعنی شبیه‌سازی را به جریان هاروت و ماروت تشبیه می‌کنند که آنها از طریق سحر بین مرأة و زوجش جدائی می‌انداختند.

قلنا: اینها هیچ ربطی به هم ندارد، زن و شوهر را از هم جدا کردن غیر از شبیه‌سازی است، چون شبیه‌سازی تکثیر از غیر طریق ترکیب نطفهٔ زن و مرد است (غیر جنسی).

نتیجه: اگر چه از نظر عنوان اوّلی قائل به اصالهٔ الاباحه شدیم؛ ولی از نظر عنوان ثانوی مشاکل اخلاقی زیادی دارد که از جمله از بین رفتن نظام خانواده و باردار شدن زنهای بدون شوهر ... است، که این مسأله اگر در جامعه گسترش پیدا کرد، خانواده‌ها تهدید می‌شود و مسائل غیر اخلاقی و اشباع قوای جنسی از راه نامشروع، شایع می‌شود و مشاکل عظیم اجتماعی را ایجاد می‌کند و اگر بتوانیم بگوئیم حرام است، از طریق عنوان ثانوی است.

المقام الثانی: اگر انسانی از این طریق متولّد شد، از جهت ارث، قتل، اسلام، حضانت و نفقه و محرمیّت چه حکمی دارد؟

- محرمیّت: چون عناوین «الاب» و «الاخ» و «الاخت» در مورد چنین ولدی صادق نیست، یعنی شبیه دوقلو است؛ پس صدق برادر و خواهر نمی‌کند، بنابراین هیچ یک از عناوین نسبیّه بر آن صادق نیست؛ ولی عنوان «الام» در اینجا شبیه مادر رضاعی است که او را

پرورش داده، و نطفه‌ای در کـار نیست. ما می گوئیم با این مادر ازدواج نکنـد چون مثل مادر رضاعی است، زیرا گوشت و پوست او از آن زن پرورش یافته است، بنابراین احکام محارم جاری نمی‌شود جز نسبت به مادر، احتیاطاً.

- اسلام: اگر مسلمان شود حکم مسلمان را دارد.

- قتل: اگر مسلمان باشد، قتلش دیه دارد.

- نفقه و حضانت: عرف عقلا کسی را که سبب پیدایش چنین طفلی شده (غیر از عرف عقلا دلیلی نداریم) مسئول می‌داند پس نفقه و حضانتش با اوست.

- ارث: چون در حقیقت برادر و خواهر کسی نیست ارث هم نمی‌برد.

[چند مسئلهٔ مهم باقیمانده از بحث مقدّمات نکاح]

[مسألهٔ ۱۲ (الافضاء)]

اشاره

۱۱۵ مسئلهٔ ۱۲ (الافضاء ...) ۶/ ۳/ ۸۰

چند مسئلهٔ مهم (مسائل ۱۲ و ۱۳ و ۱۴) از بحث مقدّمات نکاح باقی مانده است که به آن می‌پردازیم.

مسألهٔ ۱۲: لا یجوز وطء الزّوجهٔ قبل اکمال تسع سنین، دواماً کان النکاح او منقطعاً، و امّا سائر الاستمتاعات کاللمس بشهوهٍ و الضم و التفخیذ فلا بأس بها حتّی فی الرضیعهٔ، و لو وطأها قبل التسع و لم یفضـها لم یترتّب علیه شیء غیر الاثم علی الاقوی، و إن افضاها بأن جعل مسلکی البول و الحیض واحداً أو مسلکی الحیض و الغائط واحداً حرم علیه وطؤها ابداً، لکن علی الاحوط فی الصورهٔ الثانیهٔ، و علی أیّ حـال لم تخرج عن زوجیّته علی الاقوی، فیجری علیه احکامهـا من التوارث و حرمـهٔ الخامسـهٔ و حرمـهٔ اختها معها و غیرها، و یجب علیه نفقتها ما دامت حیّهٔ و إن طلّقها بل و ان تزوّجت بعد الطلاق علی الاحوط، بل لا یخلو من قوّهٔ، و یجب علیه دیهٔ الافضاء، و هی دیهٔ النفس، فاذا کانت حرّهٔ فلها نصف دیهٔ الرجل مضافاً الی المهر الّذی استحقته بالعقد و الدخول، و لو دخل بزوجته بعد اکمال التسع فافضاها لم تحرم علیه و لم تثبت الدّیهٔ، و لکن الاحوط الانفاق علیها ما دامت حیّهٔ و ان کان الاقوی عدم الوجوب.

عنوان مسأله:

این مسأله در مورد «افضاء» است، اگر دخول صورت گیرد و

(۱) آیهٔ ۳۰، سورهٔ روم.

(۲) آیهٔ ۱۰۲، سورهٔ بقره.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۳۴

موجب افضـاء شود، چه احکـامی دارد؟ مرحوم صـاحب عروه این بحث را در ده مسـأله بیـان کرده؛ ولی مرحوم امام (ره) همه را در یک مسأله خلاصه کرده است.

فروع مسأله:

این مسأله دارای فروعی است:

فرع اوّل: قبل از نُه سالگی دخول به زوجه جایز نیست (حکم تکلیفی).

فرع دوّم: استمتاعات دیگر غیر از دخول جایز است.

فرع سوّم: اگر دخولی حاصل شد، و موجب افضاء نشد، گناه کرده است و فقط حاکم شرع می‌تواند او را تعزیر کند.

فرع چهارم: در صورت افضاء، چند حکم مترتّب می‌شود:

۱- حرمت ابدی

۲- نفقهٔ مادام العمر (حتّی اگر او را طلاق دهد و زن شوهر کند)

۳- دیهٔ افضاء (دیهٔ کاملهٔ مرأهٔ ۵۰۰ مثقال طلا)

۴- بقاء زوجیّت و آثار مترتّب بر آن (مانند ارث و سایر احکام تا زمانی که او را طلاق نداده)

فرع پنجم: افضاء چیست؟

فرع ششم: اگر بعد از نُه سالگی افضاء حاصل شد، احکام مترتّبهٔ فرع چهارم را ندارد.

فروع مستحدثهٔ مسأله:

اشاره

۱- اگر عیبِ افضاء را معالجه کنند آیا باز این احکام جاری است؟

۲- اگر در سنین بالاتر خوف افضاء از جلوتر بوده است (مثلًا مرأهٔ ضعیف الجثّهٔ بوده) آیا برای مرد جایز است دخول به زوجه کند؟

۳- در چنین صورتی اگر افضاء شد، آیا احکام افضاء را دارد؟ (به عبارت دیگر آیا سن نُه سالگی موضوعیّت داشته و یا نُه سالگی از باب غلبه است؟).

۴- اگر عیبی غیر از افضاء پیدا کند چه حکمی دارد؟ آیا ارش دارد؟

۵- آیا تفاوتی بین مادون نُه سالگی و مافوق نُه سالگی است؟

اکنون باید فروع مسأله را یکی یکی بررسی نمود.

فرع اوّل: دخول به زوجه قبل از اکمال نُه سالگی حرام است

اشاره

ما بعداً نیز بیان می‌کنیم که اگر بعد از نُه سالگی هم خوف افضاء باشد، بازهم حرمت دخول هست.

ان قلت: آیا سنّ نُه سالگی سنّ پائینی برای این مسأله نیست؟

چرا شارع، سن را بالاتر نبرده است؟

قلنا: اقوام از این جهت مختلفند، در بعضی از مناطق استعداد و آمادگی برای دخول در این سنین حاصل می‌شود و همهٔ مناطق را نباید یکسان دانست.

اضف الی ذلک‌معمول آن زمان این بود که نوجوانهای کم سنّ و سال را با دختران کم سن و سال تزویج می‌کردند، پس اگر زوجه کم سن و سال بوده، زوج هم کم سن و سال بوده است، و مسئلهٔ خطر کمتر پیدا می‌شد.

ادلّه:

۱– اجماع:

مسأله از نظر اقوال اجماعی است‌لا خلاف و لا کلام، و لا اشکال انّه لا یجوز الدخول قبل تسع سنین.

مرحوم صاحب جواهر این مسأله را متعرّض شده و بعد از بیان حکم حرمت، می‌فرماید: اجماعاً ایضاً بقسمیه «۱» (محصّل، منقول).

شیخ طوسی می‌فرماید:

و لا یجوز للرجل ان یدخل بامرأته قبل أن یأتی لها تسع سنین فان دخل بها قبل ان یأتی لها تسع سنین، فعابت (هر عیبی که پیدا کند) کان ضامناً لعیبها و یفرّق بینهما و لا تحلّ له ابداً. «۲»

شیخ طوسی ادّعای اجماع نکرده است، چون کتاب نهایه کتابی نیست که در آن نقل اقوال شده باشد.

مرحوم نراقی نقل اجماع می کند و می‌فرماید:

المسألة السابعة: لا یجوز الدخول بالمرأة قبل إکمالها تسع سنین، بالاجماع المحقّق، و المحکی مستفیضاً (گروه کثیری ادّعای اجماع کرده‌اند). «۳»

مرحوم محقّق می‌فرماید:

لا خلاف فی أنّه لا یحلّ الدّخول بالزّوجة حتّی تبلغ تسع سنین. «۴»

شهید ثانی می‌فرماید:

لا خلاف فی تحریم وطی الانثی قبل ان تبلغ تسعاً. «۵»

پس اجمالًا اختلافی در مسأله نیست، بنابراین اگر اجماع را مدرکی ندانستیم، دلیل است و اگر اجماع را مدرکی دانستیم در این صورت مؤیّد است.

۲– روایات:

اشاره

روایات صحیحه و غیر صحیحه در این زمینه وارد شده است.

---

(۱) جواهر، ج ۲۹، ص ۴۱۴.

(۲) نهایه، ص ۴۸۱.

(۳) مستند، ج ۱۶، ص ۸۰.

(۴) جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۳۳۰.

(۵) مسالک چاپ قدیم، ج ۱، ص ۴۳۹ و ج ۷، ص ۶۷ چاپ جدید.

کتاب النکاح (مکارم)، ج‌۲، ص: ۱۳۵

طایفهٔ اوّل: روایاتی که می‌فرماید

«تسع سنین»

...* عن الحلبی عن ابی عبد اللّه علیه السلام قال: قال: اذا تزوّج الرجل الجاریهٔ و هی صغیرهٔ فلا یدخل بها حتی یأتی لها تسع سنین

«۱»

(لا یدخل نهی است و روایت صریح است).

...* عن عمّار السجستانی قال: سمعت أبا عبد اللّه علیه السلام یقول لمولی له:

(امام به یکی از دوستان یا غلامان خود چنین می‌فرماید)

انطلق فقل للقاضی قال رسول اللّه صلی الله علیه و آله: حدّ المرأة ان یدخل بها علی زوجها ابنة تسع سنین «۲»

. جای تقیّه نبوده است و امام با صراحت برای قاضی مدینه پیغام می‌فرستد.

* دعائم الاسلام: عن جعفر بن محمّد علیه السلام، انّه قال: من تزوّج جاریهٔ صغیرهٔ، فلا یطأها حتّی تبلغ تسع سنین. «۳»

(سند معتبری ندارد؛ ولی دلالتش خوب است)

طایفهٔ دوّم: روایاتی که می‌فرماید:

«تسع سنین او عشر سنین»

دو روایت است، روایت زراره «۴» و روایت أبو بصیر «۵».

طایفهٔ سوّم: روایتی که می‌فرماید:

شیرازی، ناصر مکارم، کتاب النکاح (مکارم)، ۶ جلد، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۲۴ ه ق کتاب النکاح (مکارم)؛ ج۲، ص: ۱۳۵

«عشر سنین»

روایتی که از حضرت علی علیه السلام نقل شده «۶» و از جهت سند مشکل دارد.

جمع بین روایات:

طریق جمع بین این روایات واضح است چون تخییر بین اقل و اکثر جایز نیست و لذا اکثر را حمل بر استحباب می‌کنیم، پس روایت «عشر سنین» حمل بر استحباب می‌شود.

بعضی محمِل دیگری را گفته‌اند و آن اینکه «عشر سنین» به معنی شروعِ عشر و «تسع سنین» به معنی پایانِ تسع باشد که در این صورت سه طایفه روایت، در یک طایفه خلاصه می‌گردد.

۱۱۶ ادامهٔ مسئلهٔ ۱۲ ... ۷/ ۳/ ۸۰

اقوال عامّه:

عامّه مسئلهٔ افضاء را متعرّض شده‌اند؛ و بیشتر، مسئلهٔ دیه را عنوان کرده‌اند.

بقی هنا شیءٌ:

ظاهر فتاوی و روایاتی که خوانده شد این است که «نُه سالگی» موضوعیّت دارد، بنابراین اگر علم بر عدم افضاء هم داشته باشیم، باز وطی حرام است مانند اینکه زوجه از نظر جثّه قوی و زوج ضعیف باشد، بنابراین خوفِ افضاء از قبیل حکمت است نه از قبیل علّت و

لکن اگر بالاتر از تسع سنین باشد و خطر افضاء یا عیب مهمّ دیگری باشد.

در اینجا به مقتضای قاعدهٔ لا ضرر می گوئیم‌لا یجوز الوطءو در ناحیهٔ زن هم می گوئیم‌لا یجب علیها التمکین‌و باید مدّتی صبر کنند، اگر خوف برطرف، و استعداد جسمانی حاصل شد، زن واجب است تمکین کند؛ ولی اگر خوف برطرف نشد، مرد خیار فسخ دارد (شبیه موانعی که در زوجه مانع مقاربت می‌شود و سبب فسخ است). به همین جهت ما در مسئلهٔ بلوغ معتقدیم بلوغ مراحلی دارد، مثلًا مرحلهٔ «بلوغ للعبادهٔ» نه سال تمام است، ولی «بلوغ للنکاح» علاوه بر نُه سالگی، استعداد جسمانی نیز لازم دارد، «بلوغ الاقتصاد» (بلوغ در مسائل مالی) رشد عقلانی می‌خواهد، پس بلوغ دارای مراحل است و احکام بلوغ مرحله به مرحله پیاده می‌شود.

فرع دوّم: آیا سایر استمتاعات نسبت به کمتر از نُه سال جایز است؟

جمعی از متأخرین و معاصرین به جواز سایر استمتاعات تصریح کرده‌اند، صاحب جواهر می‌فرمایدللاصل السالم من المعارض، «۷» که منظور از اصل، اصالهٔ الاباحهٔ یا عموماتی است که مطلقاً اجازهٔ استمتاعات را می‌دهد و وطی با دلیل خارج شده است.

و لکن الانصاف: این حکم را با این عمومیّتی که گفته‌اند نمی‌پذیریم، چون بعضی از استمتاعات نسبت به صغیر السن قبح عقلائی دارد، مانند استمتاع از رضیعه. پس حسن و قبح در اینجا حاکم است و لذا عمومات استمتاع زوج از زوجه منصرف است بما یتعارف عند العقلاء و شامل این گونه موارد نمی‌شود.

فرع سوم: اگر با زوجهٔ خود قبل از اکمال نُه سالگی وطی نمود و عیبی هم حاصل نشد.

اشاره

مشهور فرموده‌اند که هیچ حکمی ندارد و گناهی کرده است و بنابراین که هر گناه کبیره‌ای تعزیر دارد، حاکم شرع می‌تواند او را تعزیر کند. لکن جماعتی از علماء که در اقلیّت هستند، قائل به حرمت ابدی شده‌اند. شیخ مفید در مقنعه، شیخ طوسی در نهایه، ابن ادریس در سرائر، سبزواری در کفایه، حرمت ابدی را نسبت به جماعتی داده

---

(۱) ح ۱، باب ۴۵ از ابواب مقدّمات نکاح.

(۲) ح ۳، باب ۴۵ از ابواب مقدّمات نکاح.

(۳) مستدرک الوسائل، ج ۱۴، ح ۴، باب ۳۶ از ابواب مقدّمات نکاح.

(۴) ح ۲، باب ۴۵ از ابواب مقدّمات نکاح وسائل.

(۵) ح ۴، باب ۴۵ از ابواب مقدّمات نکاح وسائل.

(۶) ح ۷، باب ۴۵ از ابواب مقدّمات نکاح وسائل.

(۷) جواهر، ج ۲۹، ص ۴۲۴.

است، ظاهر کتاب مفاتیح هم چنین است، بعضی از متأخرین هم قائل به حرمت ابدی شده‌اند.

دلیل:

دلیل کسانی که قائل به حرمت ابدی شده‌اند، روایت مرسلهٔ یعقوب ابن یزید است:

...* عن یعقوب بن یزید، عن بعض اصحابنا، عن ابی عبد اللّه علیه السلام قال: اذا خطب الرجل (ازدواج)

المرأة فدخل بها قبل ان تبلغ تسع سنین فرّق بینهما و لم تحلّ له ابداً. «۱»

در این حدیث افضاء ندارد، پس و لو هیچ عیبی پیدا نکند، باز حرمت ابدی هست.

به این حدیث نمی‌توان عمل کرد چون از نظر سند مرسله است، و انجبار به عمل مشهور هم نیست، چون مشهور با آن مخالف هستند، بعلاوه این حدیث دلالتش هم مشکل دارد، چون ظاهر «فرّق» بطلان نکاح است که کمتر کسی به آن قائل است بلکه مشهور قائل به حرمت ابدی هستند. اگر به فرض سند این حدیث مورد قبول باشد، با احادیث افضاء قابل جمع است، چون این حدیث مطلق و احادیث افضاء مقیّد است و جمع بین مطلق و مقیّد می‌کنیم. پس به این روایت برای اثبات حرمت ابدی نمی‌توان تمسّک کرد.

فرع چهارم: اگر دخول حاصل و افضاء شد

اشاره

در اینجا چهار حکم گفته شده است:

۱- یحرم علیه وطئها ابداً.

۲- یجب الانفاق علیها ما دامت حیّهٔ (و لو طلاق دهد و زن شوهر کند).

۳- یجب علیه أن یغرم دیتها (۵۰۰ دینار دیهٔ کاملهٔ زن).

۴- بقاء الزّوجیّهٔ و آثاره (اگر یکی از زوجین از دنیا رفت توارث هست)

این احکام اربعه، علی اجمالها مشهور است.

حکم اوّل: حرمت ابدی وطی

تنها دلیل در مورد حرمت ابدی، مرسلهٔ یعقوب بن یزید است که می‌گویند دلالت (اطلاق روایت) و ضعف سند (مرسله بودن) آن به قرینهٔ فتوای مشهور جبران شده است.

آیا این فتوای مشهور قابل عمل است؟ در بین متأخرین تزلزلی در این فتوی پیدا شده است که اگر قابل وطی است، چرا تا ابد حرام باشد و این مسأله را بعضی نپذیرفته‌اند، حتّی صاحب جواهر که غالباً در کنار مشهور است، می‌فرماید لا یبعد که این حکم را زیر سؤال ببریم، چون ضعف دلالت با فتوای مشهور درست نمی‌شود و از این گذشته روایت می‌گوید «فرّق بینهما» و «فرّق» به معنای بطلان عقد است نه اینکه حرمت ابدی باشد پس جبران ضعف سند و دلالت نمی‌شود.

مضافاً به اینکه: در تمام فقه چنین مسئله‌ای نداریم، نمی‌گوئیم محال است و اگر سند معتبری داشت می‌پذیرفتیم؛ ولی با چنین دلیل ضعیفی نمی‌توان آن را ثابت کرد، چون در جائی از فقه نداریم که زوجه باشد و قابل وطی هم باشد ولی وطی او حرام باشد.

اضف الی ذلک: إنّ فیه ضرراً عظیماً علی الزّوجهٔ، چون زوجه نمی‌تواند شوهر کند و این شوهر هم که نمی‌تواند وطی کند و ادلّهٔ لا

ضرر در اینجا حاکم است.

لاـ سیّما: اگر انـدمال حاصـل شود و بهبود یابـد و به کمـک جرّاحی مثـل اوّلش درست شود (همـانگونه که در بکـارت این کار را می‌کنند).

در این صـورت هم بعضـی می‌گوینـد که حرام ابـدی است؛ ولی این فتـاوی بر خلاـف ذوق فقه است، چـون جـائی که دلیـل به این ضعیفی دارد، نباید پافشاری کنیم، و لذا با صراحت در حاشیهٔ عروه گفته‌ایم:

لا دلیل علی الحرمهٔ.

۱۱۷ ادامهٔ مسئلهٔ ۱۲ ... ۸/ ۳/ ۸۰

حکم دوّم: نفقهٔ مادام العمر

اشاره

فتوی به وجوب انفاق، مشهـور و معروف است و عدّه‌ای ادّعای اجماع کرده‌اند و ظاهر فتاوی اطلاق دارد، خواه زن را طلاق بدهد یا طلاق ندهد، خواه زن، شوهر دیگری انتخاب کند یا نکند، مادامی‌که زن زنده است، زوج باید بر او انفاق کند.

صاحب جواهر در هنگام نقل اقوال می‌فرماید:

بلا خلاف معتدّ به اجده فیه. «۲»

دلیل:

دلیل عمده در این مسأله روایت صحیحهٔ حلبی است.

...* عن الحلبی، عن ابی عبد اللّه علیه السلام قال: سألته، عن رجل تزوّج جاریهٔ فوقع بها فأفضاها قال: علیه الاجراء (ای الانفاق)

علیها ما دامت حیّهٔ. «۳»

---

(۱) ح ۲، وسائل، ج ۱۴، ابواب المصاهرهٔ.

(۲) جواهر، ج ۲۹، ص ۴۲۶.

(۳) ح ۴، باب ۳۴ از ابواب محرّمات بالمصاهرهٔ.

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۱۳۷

سند حـدیث خوب است ولی دلاـلت آن خیلی وسیع است، و مـادون تسع و مـافوق آن را شامـل می‌شود، زیرا جاریه به معنی دختر جوان (شابّهٔ) است که مادون و مافوق تسع را می‌گیرد، همچنین چه طلاق دهـد یا ندهـد، و چه شوهر کند یا نکند، همگی را شامل می‌شـود. پس روایت عـام است؛ ولی آن را به مـادون البلوغ تخصیـص زده‌انـد، چون شـهرت عظیمه‌ای است که برای مـادون البلوغ است؛ امّا هیچ دلیلی بر تخصیص غیر از فتوای مشهور نیست.

امّا باید گفت شهرت حجّت نیست بلکه انجبار ضعف سند است؛ و نمی‌تواند مخصّص واقع شود. بنابراین اگر جرأت کنیم بر خلاف مشهور فتوی دهیم باید بگوئیم که اگر افضاء شود چه مادون و چه مافوق تسع باشد، انفاق واجب است.

ما معتقـدیم که اگر افضاء را به معنی «عطّلها علی الازواج» بگیریم (زنی که شوهر برای او پیـدا نمی‌شود) چون زن به ضـرر می‌افتـد، بایـد تـا آخر عمر بر او انفـاق کنـد، امّا اگر تعطیل بر ازواج نشـد، یعنی طلاق گرفت و شوهر کرد، در اینجا انفاق کردن لازم نیست،

چون دو نفقه لازم نیست.

بعضی چنین توجیه کرده‌اند که یکی نفقه است و دیگری جریمه، ولی این توجیه دلیلی ندارد و اطلاق شامل اینجا نمی‌شود.

جمع‌بندی:

فتوای ما وجوب انفاق است به دلیل شهرت، اجماع و اطلاق روایت صحیحه، و فرقی هم بین قبل از بلوغ و بعد از بلوغ نمی‌گذاریم؛ ولی اگر شوهر کند و یا بهبود یابد دیگر انفاق واجب نیست، اگر چه مشهور چنین قائل نیستند.

حکم سوّم: دیهٔ افضاء

اشاره

حکم به وجوب دیه بین اصحاب مشهور است و ادّعای اجماع بر آن شده است و حتی اهل سنّت هم دیه را می‌گویند اگر چه بقیّهٔ احکام را نمی‌گویند.

ابن قدامه در مغنی می‌گوید:

امّا الاوّل: فانّ الضّمان انّما یجب بوطیء الصغیرهٔ أو النحیفهٔ الّتی لا تحتمل الوطی دون الکبیرهٔ المحتملهٔ له (توانائی وطی دارد) و بهذا قال ابو حنیفه و قال الشافعی یجب الضّمان فی الجمیع لأنّه جنایهٔ فیجب الضمان به «۱» در ادامه ابن قدامه در مقدار دیه بحث می‌کند که آیا مقدار دیه ثلث است یا دیهٔ کامله؟ بعضی گفته‌اند که ثلث است چون «جنایتِ جائفه» است (جنایتی که سرایت به داخلِ بدن می‌کند) و بعضی گفته‌اند که دیهٔ کامله است چون سقوط عن المنفعهٔ الکلیّهٔ است و اگر منفعت به کلّی ساقط شود دیهٔ کامل لازم است.

نووی می‌گوید بعضی از عامّه قائل به تفصیل شده‌اند یعنی اگر افضاء به گونه‌ای باشد که تعطیل بر ازواج شده باشد، دیهٔ کامل است و اگر از قابلیّت وطی خارج نشود ثلثِ دیه است. «۲»

امّا علماء خاصّه همگی قائلند که دیهٔ کامل را باید بدهد و دلیل آنها سه روایت است:

...* عن سلیمان بن خالد قال: سألت أبا عبد اللّه علیه السلام ... و سألته عن رجل وقع بجاریهٔ فأفضاها

(عام است و قبل و بعد از تسع را شامل می‌شود)

و کانت إذا نزلت بتلک المنزلهٔ لم تلد

(چنان معیوب شده که صاحب فرزند نمی‌شود)؟

فقال: الدّیهٔ کاملهٔ. «۳»

...* عن حمران، عن ابی عبد اللّه علیه السلام قال: سئل عن رجل تزوّج جاریهٔ بکراً لم تدرک فلمّا دخل بها اقتضّها فافضاها فقال: ان کان دخل بها حین دخل بها و لها تسع سنین فلا شیء علیه

(به قرینهٔ ذیل منظور دیه است)،

و ان کانت لم تبلغ تسع سنین أو کان لها اقل من ذلک بقلیل حین اقتضّها فانّه قد افسدها و عطّلها علی الازواج فعلی الامام ان یُغرمه دیتها، و ان أمسکها و لم یطلّقها حتّی تموت فلا شیء علیه «۴».

(مشهور به این ذیل فتوی نداده است). این حدیث هم توصیف به صحّت شده است.

...* عن برید بن معاویهٔ، عن ابی جعفر علیه السلام فی رجل اقتضّ جاریهٔ یعنی امرأته فافضاها؟ قال: علیه الدّیهٔ ان کان دخل بها قبل

أن تبلغ تسع سنین قال: و ان امسکها و لم یطلّقها فلا شیء علیه ان شاء امسک و ان شاء طلّق. «۵»

امّا ذیل روایات را چه کنیم؟

بعضی مثل ابن جنید اسکافی به آن فتوی می‌دهند؛ ولی این حرف اشکال دارد و مشهور به آن عمل نکرده‌اند، چون دیه برای جنایت است و به محض جنایت واجب می‌شود و ساقط نمی‌شود و فرقی نمی‌کند که او را نگه دارد و یا طلاق دهد. مرحوم صاحب جواهر توجیهی دارد و می‌فرماید شاید ذیل روایت ناظر به جائی است که مصالحه کنند یعنی زن شرط کند که مرد او را طلاق ندهد، در مقابل، زن دیه نگیرد.

---

(۱) مغنی، ج ۹، ص ۶۵۲.

(۲) المجموع، ج ۱۹، ص ۱۲۶.

(۳) وسایل، ج ۱۹، ح ۱، باب ۹ از ابواب دیات المنافع.

(۴) ح ۱، باب ۳۴ از ابواب محرّمات بالمصاهرة.

(۵) ح ۳، باب ۳۴ از ابواب محرّمات بالمصاهرة.

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۱۳۸

نتیجه:

دیهٔ کامله واجب می‌شود به شرط اینکه قبل از تسع سنین افضاء حاصل شود؛ ولی سیأتی که افضاء دو قسم است: یک نوع افضاء در جائی است که تعطیل بر ازواج شود که دیهٔ کامله دارد، چون هر عضو منفعتش بطور کلّی تعطیل شود، دیهٔ کامله دارد. ولی نوع دیگر آنجائی است که تعطیل بر ازواج نشود و قابل وطی باشد، بعید نیست که ما در این صورت تفصیل عامّه را قائل شویم.

۱۱۸ ادامهٔ مسئلهٔ ۱۲ ... ۹/ ۳/ ۸۰

حکم چهارم: بقاء زوجیّت

اشاره

این مسأله مشهور است و به تعبیر بعضی، فتوای معظم، بلکه کلّ فقهاء است و مخالفی در مسأله نیست، و اگر هم باشد (یعنی به محض افضاء عقد منفسخ شود) خیلی شاذ است.

بقاء زوجیّت به این معنی است که از هم ارث می‌برند، اگر این زن، چهارمین زن باشد، زوج، زن پنجم یا خواهر این زن را نمی‌تواند بگیرد.

ادلّه:

دلیل اوّل: استصحاب بقاء زوجیّت

جواب: استصحاب در اینجا، استصحاب در شبههٔ حکمیّه است (آیا افضاء سبب انفساخ است؟) نه در شبهه موضوعیّه، زیرا در موضوع خارجی (مرأة خارجیه افضاء شده) شک نداریم. و ما استصحاب را در شبهه حکمیه حجّت نمی‌دانیم و نمی‌توانیم به آن

استدلال کنیم؛ ولی می‌توان به نوع دیگری بدون آوردن نام استصحاب، مسأله را حل کرد.
از استقراءِ احکام شرع در نکاح و زوجیّت دریافته‌ایم که انفساخ زوجیّت در شرع اسبابی دارد و تا آن اسباب حاصل نشود زوجیّت باقی است (مثل ملکیّت که طبیعت آن دوام است و اسباب معیّنی برای فسخ هست)، طبیعت زوجیّت هم بقاء است و اسباب انفساخ آن معیّن است و مسئلهٔ افضاء و جنایت از اسباب انفساخ نیست. پس زوجیّت باقی است و اگر بخواهیم آن را جزء اسباب انفساخ بشمریم دلیل لازم داریم.

دلیل دوّم: روایات

ذیل دو روایت حمران «۱» و برید «۲» که می‌فرمود:
«ان امسکها و لم یطلّقها فلا شیء علیه»
با صراحت دلالت می‌کند که زوجیّت باقی است و افضاء سبب جدائی نیست، بلکه طلاق باعث جدایی می‌شود.
جواب: مشکلی که ذیل این روایات دارد، این است که معمول بهای اصحاب نیست و مشهور به آن عمل نکرده‌اند، بنابراین نمی‌توان به آن عمل کرد. پس بر فرض که بپذیریم تجزیه در روایت صحیح باشد؛ ولی وقتی ذیل معمول بها نیست نمی‌توان به آن تمسّک کرد و دلیل ما در مسأله فقط طبیعت زوجیّت است.
در مقابل بعضی حکم به عدم بقاء زوجیّت کرده‌اند و دو دلیل اقامه می‌کنند:
۱- حدیث مرسلهٔ یعقوب بن یزید «۳» که می‌فرمود
«فرّق بینهما»
که به معنی انفساخ است.
جواب: این حدیث علاوه بر اشکالات متعدّد در دلالت، از حیث سند هم ضعیف و مرسله است.
۲- در صورت افضاءِ زن، چگونه می‌توان حکم به حرمت ابدی داد، در حالی که بین حرمهٔ ابدیّه و بقاء زوجیّت منافات است و جمع بینهما ممکن نیست، پس قائل به انفساخ می‌شویم.
جواب: ما حرمت ابدی را قبول نکردیم؛ پس این دلیل نیز باطل است.

فرع پنجم: افضاء چیست؟

اشاره

علماء شیعه و اهل سنّت، در این مسأله اختلاف دارند. اختلاف علماء شیعه را می‌توان از مبسوط شیخ تا جواهر و مستمسک یافت، و اختلاف علماء عامّه را هم در کتاب المجموع نووی «۴» می‌توان یافت.

اقوال:

مجموعهٔ اقوال در مورد تعریف افضاء پنج قول است.
مقدّمه:

در نساء سه مجری هست، ۱- مجرای بول، ۲- مجرای حیض (که مجرای تولّد و مقاربت هم هست)، ۳- مجرای غائط. فاصلهٔ بین مجرای اوّل و دوّم غشاء و پردهٔ نسبتاً نازکی است و آن پرده ممکن است که از هم گسسته شود؛ ولی غشاء و پرده‌ای که بین مجرای حیض و غائط است، نسبتاً ضخیم است که پاره شدن آن محال نیست؛ ولی این امر را بعید دانسته‌اند.

قول اوّل: اتّحاد مسلکی (مجرای) البول و الحیض.

قول دوّم: اتّحاد مسلکی الحیض و الغائط.

قول سوّم: اتّحاد کل واحدٍ منهما (اتّحاد مسلکی البول و الحیض

---

(۱) ح ۱، باب ۳۴ از ابواب ممّا یحرم بالمصاهرهٔ.

(۲) ح ۳، باب ۳۴ از ابواب ممّا یحرم بالمصاهرهٔ.

(۳) ح ۲، باب ۳۴ از ابواب ممّا یحرم بالمصاهرهٔ.

(۴) المجموع، ج ۱۹، ص ۱۲۵.

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۱۳۹

او مسلکی الحیض و الغائط).

قول چهارم: اتّحاد المسالک الثلاثهٔ.

قول پنجم: اتّحاد مسلکی البول و الغائط.

این قول معنای درستی ندارد، زیرا بدون از بین رفتن غشاء مابین مجرای بول و حیض، این امر محال است.

۱۱۹ ادامهٔ مسئلهٔ ۱۲ ... ۱۲/ ۳/ ۸۰

حقیقت مسأله:

اشاره

برای پیدا کردن معنای صحیح افضاء باید سراغ ریشهٔ مسأله رفت.

افضاء در روایات:

کلمهٔ «افضاء» در احادیث ما به چند عنوان وارد شده است:

۱- «افضاء» در سه حدیث. «۱»

۲- «اقتضّ» از مادهٔ اقتضاض به معنی پارگی (افضاء و اقتضاض لازم و ملزوم هم هستند).

۳- «افساد».

۴- «عطّلها علی الازواج».

افضاء در لغت:

«افضاء» در لغت از مادّهٔ فضا (وسعت و میدان) به معنی توسعه دادن است. ارباب لغت «اتّحاد المسلکین» را به عنوان یکی از معانی افضاء شمرده‌اند، از جمله قاموس چنین دارد: الافضاء هو اتّحاد المسلکین، شاید در نظرشان مسلّم بوده است که اتّحاد مسلک اوّل و

دوّم مراد است. لسان العرب هم می گوید: الافضاء اتّحاد المسلكين كه ايشان هم تبيين نكرده‌اند كه كدام دو مسلك مراد است، فقط مجمع البحرين بعد از بيان «اتّحاد المسلكين» آن را چنين تفسير می كند: ای مسلك البول و الغائطكه گفتيم اين معنى بدون عبور از مسلك دوّم امكان‌پذير نيست.

سؤال: آيا ارباب لغت كه اتّحاد مسلكين را مطرح كرده‌اند، اين معنى را از فقهاء گرفته‌اند، يا فقهاء از آنها؟

كليد حلّ مشكل:

در اينجا نكته‌ای هست كه ممكن است كليد حلّ مشكل باشد.

توسعه دادن در دستگاه تناسلی، بدون تخريب ديواره‌های بين مجاری ممكن نيست و ديواری كه احتمال بيشتری در خراب شدن آن هست، مجرای اوّل و دوّم است؛ ولی خراب شدن ديوار بين مجرای دوّم و سوّم بعيد است كه اگر خراب شود بازهم افضاء است و اگر هر سه هم خراب شود، باز توسعه است و افضاء.

پس فقهاء از ريشهٔ لغوی استفاده كرده و «افضاء» را معنى كرده‌اند و «اتّحاد مسلكين» كه بعضی از لغويّون آن را ذكر كرده‌اند از كلام فقهاء گرفته شده، بنابراين در اينجا نيازی نيست سراغ اجماع برويم، همانگونه كه بعضی مدرك منحصر به فرد را اجماع دانسته‌اند.

اگر بخواهيم عناوين موجود در رواياتِ افضاء را در يك عنوان جمع كنيم، معيار كدام يك از اين عناوين است؟

معيار عنوان چهارم است، «عطّلها على الازواج» يعنی تعطيل بر ازواج، قدر متيقّن از افضاء است، تعطيل بر ازواج هم از دو جنبه است:

۱- تعطيل از ناحيهٔ ولادت (صارت بحيث لا تلد).

۲- تعطيل از ناحيهٔ مقاربت

سؤال: اگر پارگی حاصل شد، امّا بگونه‌ای بود كه تعطيل بر ازواج نشد (ناقص شده امّا از كار نيافتاده و فرزند می‌آورد و قابل وطی است) آيا احكام افضاء جاری است؟

جواب: معيار ما در افضاء عطّلها على الازواج است، پس احكام افضاء جاری نيست، به عبارت ديگر روايت حمران «۲»

(لانّه افسدها و عطّلها على الازواج)

مثل قياس منصوص العلّه است، قياس منصوص العلّه گاهی محدود می كند و گاهی توسعه می‌دهد (العلّة تعمّم و تخصّص).

در ما نحن فيه علّت توسعه می‌دهد، يعنی اگر پارگی منجر به تعطيل بر ازواج نشود نمی‌توان احكام افضاء را جاری كرد چون علّت منصوصه مقدّم است.

نتيجه: در باب افضاء از نظر موضوع تنها جائی قائل به افضاء هستيم كه تعطيل بر ازواج شود، (در جنبهٔ ولادت و مقاربت) و لعلّ كه نظر مشهور هم همين باشد، چون مشهور مطلق گفته‌اند و تناسب مسأله اين است كه اگر زن از كار نيافتاده است، چرا ديهٔ كامله داده شود، ديهٔ كامله يا برای قتل است يا برای از كار افتادن كامل يك عضو و در نقصان فی الجملهٔ عضو، ديهٔ كامله نداريم، پس اگر بطور كامل از كار نيافتاده، ديهٔ كامل و انفاق الى الابد لازم نيست.

بقی هنا امران:

الامر الاوّل: اگر افضاء را ترميم كردند و معالجه شد (كه در عصر و زمان ما كاملًا ميسّر است)

لا سيّما كه بسهولهٔ ممكن باشد، آيا در اين صورت باز ديهٔ كامله و انفاق الى الابد لازم است؟

جواب: انصاف این است که ادلّهٔ ما شامل اینجا نمی‌شود، چون

---

(۱) ح ۱ و ۳ و ۴ باب ۳۴ از ابواب مصاهره.

(۲) ح ۱، باب ۳۴ از ابواب مصاهرهٔ.

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۱۴۰

در باب دیات اشباه و نظائر متعدد دارد مثلًا اگر گردن بشکند به گونه‌ای که دیگر صاف نایستد، دیه‌اش کامل است، امّا اگر معالجه شود، در این صورت ارش ثابت است و یا مثلا در صورت شکستن ستون فقرات به گونه‌ای که کمر شخص منحنی شود یا نتواند بنشیند و راه برود، دیهٔ کامل دارد؛ ولی اگر معالجه شود، دیهٔ آن صد دینار است (یک دهم دیهٔ کامل)، همچنین در اعضاء دیگر اگر سالم شود دیهٔ اوّل ثابت نیست، پس موارد کثیره‌ای در باب دیات داریم، که دیه بعد از بهبودی تقلیل می‌یابد. حال چگونه در اینجا به اطلاق تمسک کنیم؟ پس ما در اینجا می‌گوئیم احکام افضاء جاری نیست (دیهٔ کامله یا دیهٔ منصوصه ندارد) و باید ارش بدهند و انفاق مادام العمر هم لازم نیست.

الامر الثانی: اگر بعد از سن بلوغ افضاء شود

مشهور و معروف می‌گویند که مطلقا ضمانی نیست. آیا در اینجا تفصیل لازم نیست؟

یعنی در مواردی ممکن است با وجود بلوغ زوجه، زوج و زوجه به هم نخورند و خوفِ خطر باشد، آیا در این صورت اگر افضاء شود بازهم ضامن نیست؟

جواب: این مسأله دو صورت دارد. ما می‌گوئیم اگر خطر و ضرری باشد (مثلًا زوجه سابقاً قابل وطی بوده و اکنون بیماری پیدا کرده که مقاربت با او خطر دارد) در این صورت تمکین بر زن لازم نیست و اگر زوج اصرار کند، ضامن است، چون حق ندارد.

صورت دیگر در جائی است که خوفی نبوده و طرفین راضی بوده‌اند (خوف ضرر نبوده) ولی حادثه‌ای واقع شد، در اینجا نمی‌توان زوج را ضامن دانست، چون حادثه مستند بفعل کلیهما بوده است. پس فتوای مشهور را که به طور مطلق فرموده‌اند: «در ما فوق سن بلوغ ضمانی نیست» باید استثنا زد چون مقتضای ادلّه چنین است.

[مسألهٔ ۱۳: لا یجوز ترک وطء الزوجهٔ اکثر من اربعهٔ اشهر الّا باذنها]

اشاره

۱۲۰ مسئلهٔ ۱۳ (ترک وطء الزوجهٔ اکثر من اربعهٔ اشهر ...) ۱۳/ ۳/ ۸۰

مسألهٔ ۱۳: لا یجوز ترک وطء الزوجهٔ اکثر من اربعهٔ اشهر الّا باذنها حتّی المنقطعهٔ علی الاقوی، و یختصّ الحکم بصورهٔ عدم العذر، و امّا معه فیجوز الترک مطلقا مادام وجود العذر، کما اذا خیف الضرر علیه أو علیها و من العذر عدم المیل المانع عن انتشار العضو، و هل یختص الحکم بالحاضر فلا بأس علی المسافر و إن طال سفره أو یعمّها فلا یجوز للمسافر اطالهٔ سفره أزید من أربعهٔ اشهر، بل یجب علیه مع عدم العذر الحضور لإیفاء حق زوجته؟

قولان، اظهرهما الاوّل، لکن بشرط کون السفر ضروریّاً و لو عرفا کسفر تجارهٔ أو زیارهٔ أو تحصیل علم و نحو ذلک دون ما کان لمجرّد المیل و الانس و التفرّج و نحو ذلک علی الاحوط.

عنوان مسأله:

ترک وطی زوجه بیش از چهار ماه جایز نیست. زیرا یکی از حقوق زوجیّت این است که در طول چهار ماه وطی انجام شود و اگر شوهر در این مدّت وطی را ترک کند گناه کرده و حقّ زوجه را ضایع کرده است.

اقوال:

مسأله معروف و مشهور و ادّعای اجماع بر آن شده است.

صاحب حدائق می‌فرماید:

قد صرّح الاصحاب، بانّه لا يجوز ترک وطء الزّوجة اكثر من اربعة اشهر. «۱»

شهید در مسالک می‌فرماید:

هذا الحكم موضع وفاق، و به حديث ضعيف السّند ...، العامّة انّ عمر سأل نساء اهل المدينة- لمّا أخرج ازواجهنّ الى الجهاد و سمع امرأة تنشد ابياتاً من جملتها:

فو اللّه لو لا اللّه لا شيء غيره لزلزل من هذا السرير جوانبه

- عن اكثر ما تصبر المرأة عن الجماع؟ فقيل له: اربعة اشهر، فجعل مدة المضروبة للغيبة اربعة اشهر. «۲»

ظاهراً اهل سنّت هم قائل به چهار ماه هستند و سفر و حضر در نزد آنها یکسان است.

ادلّه:

دلیل اوّل: اجماع

تکیه بر اجماع در این مسأله که دلائل دیگری هم دارد، مشکل است.

دلیل دوّم: لزوم عسر و حرج و ضرر

با استفاده از آیهٔ «وَ مَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ» «۳»، و «يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ» «۴» و روايت

لا ضرر

حکم می‌کنیم به عدم جواز ترک وطی زوجه بیش از چهار ماه، زیرا اگر بیش از این مقدار بشود، ممکن است عسر و حرج و ضرر حاصل شود. مخصوصاً اگر مرأة شابّة باشد، امّا چون عسر و حرج و ضرر يختلف باختلاف الاشخاص

(۱) حدائق، ج ۲۳، ص ۸۹.

(۲) مسالک، ج ۷، ص ۶۶ و ۶۷.

(۳) آیهٔ ۷۸، سورهٔ حج.

(۴) آیهٔ ۱۸۵، سورهٔ بقره.

و الموارد، بنابراین دلیل بر قول مشهور نمی‌تواند باشد.

دلیل سوّم: آیهٔ ایلاء

لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاؤُ فَإِنَّ اللّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ* وَ إِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ «۱».

ترجمه: کسانی که زنان خود را ایلاء می‌نمایند [سوگند یاد می‌کنند که با آنها آمیزش جنسی ننمایند] حق دارند چهار ماه انتظار بکشند (و در ضمن این چهار ماه، وضع خود را با همسر خویش از نظر ادامهٔ زندگی یا طلاق، روشن سازند) اگر (در این فرصت) بازگشت کنند (چیزی بر آنها نیست زیرا) خداوند آمرزنده و مهربان است* و اگر تصمیم بر جدائی گرفتند، (آن هم با شرایطش مانعی ندارد) خداوند شنوا و داناست.

در اینجا شارع اجازهٔ چهار ماه انتظار را داده است و می‌گوید بعد از آن باید یا طلاق دهد یا رجوع کند، بنابراین معلوم می‌شود که تأخیر بیش از چهار ماه به حسب طبیعت الحال جایز نیست.

این دلیل خوبی است و صاحب جواهر «۲» به آن اشاره کرده است؛ ولی خیلی‌ها متعرّض آن نشده‌اند. شاید کلمات ائمه در روایات هم متّکی به آیهٔ شریفه باشد.

دلیل چهارم: روایات

۱- روایت صفوان بن یحیی

(عمدتاً به این روایت استدلال شده است)

این روایت را شیخ طوسی در تهذیب و استبصار و مرحوم صدوق در من لا یحضر نقل کرده است. روایت سه طریق دارد که فقط یکی از طرق صحیح است، طریقی که در سند آن، علی بن احمد بن اشیم دارد، مجهول الحال است، و معتبر نیست (صاحب مسالک به این مطلب اشاره دارد).

...* عن صفوان بن یحیی، عن ابی الحسن الرضا علیه السلام انّه سأله عن الرجل تکون عنده المرأة الشّابّة فیمسک عنها الاشهر و السنة لا یقربها لیس یرید الاضرار بها یکون لهم مصیبة

(مصیبت زده هستند)

، یکون فی ذلک آثماً؟ قال: اذا ترکها اربعة اشهر کان آثما بعد ذلک «۳».

تنها مشکل حدیث این است که مخصوص شابّهٔ است در حالی که موضوع بحث ما عام است، بنابراین بعضی بخاطر همین حدیث، حکم را به شابّهٔ منحصر کرده‌اند. دلالت این حدیث و سندش خوب است و ظاهراً مستند مشهور هم همین حدیث است.

۲- مرسلهٔ جعفر بن محمّد عن ابی عبد اللّه علیه السلام:

...* عن جعفر بن محمّد، عن بعض رجاله، عن ابی عبد اللّه علیه السلام قال: من جمع من النساء ما لا ینکح

(مقاربت نکند)

فزنا منهنّ شیء فالاثم علیه «۴».

این حدیث از نظر سند مشکل دارد و مرسله است و از نظر دلالت هم چهار ماه ندارد و فقط فی الجملهٔ می‌تواند مؤیّد باشد.

بنابراین عمدهٔ دلیل، آیهٔ ایلاء و روایت صفوان است و بقیّه مؤیّدات هستند.

نتیجه: می‌توان از مجموع این دلائل، حکم عام مطلق، اعم از شابّهٔ و غیر شابّهٔ را ثابت کرد که «لا یجوز ترک وطئ الزوجه الشّابّهٔ أو

غیر شابّهٔ اکثر من اربعهٔ اشهر».
استثنا: از این حکم «الْقَوَاعِدُ مِنَ النِّسَاءِ» (زنان از کار افتاده) مستثنی است چون آیه از آنها انصراف دارد.
ان قلت: اگر زوجه‌ای شابّهٔ باشد و تا چهار ماه صبر ندارد بلکه تا یک ماه هم صبر ندارد، در اینجا فتوی داده‌اند که یجب علی الزوج الوطء، این وجوب بنابر چه معیاری است؟ آیا عسر و حرج است، یا دلیل لا ضرر، یا مرسله، یا دلیل امر به معروف و نهی از منکر (یعنی این زوجه نهی از منکر نمی‌شود مگر اینکه در فواصل کوتاهتری با او مقاربت شود)؟
قلنا: در این گونه موارد بنابر مجموع ادلّهٔ سابق قائل به وجوب هستیم و دلیل امر به معروف و نهی از منکر هم می‌تواند علاوه بر ادلّهٔ قبلی، دلیل دیگری بر وجوب باشد.

بقی هنا امران:

الامر الاوّل: هل هناک فرق بین المسافر و الحاضر؟

در این مسأله اختلاف است، مرحوم شهید ثانی در کتاب لمعه فرموده مطلقاً فرقی نیست ولی در مسالک فرموده عدم جواز مخصوص حاضر است. صاحب جواهر و بعضی دیگر به اطلاق ادلّه تمسک کرده‌اند (آیهٔ ایلاء و روایت صفوان و معقد اجماعات مطلق هستند) ولی بعضی مثل خود صاحب جواهر در ذیل کلامش می‌فرماید لعلّ کسی ادّعای انصراف کند، اگر دلیل انصراف روایت عمر باشد، روایت او برای ما حجّت نیست، و اگر دلیل انصراف سیره باشد یعنی چون در قدیم سفرها طول می‌کشید و کسی نمی‌گفت سفرت را طولانی نکن، پس ادّعای سیره کنیم.
و لکن الانصاف: این سیره مسلّم نیست و لعلّ سیره در جائی بوده

---

(۱) آیهٔ ۲۲۶ و ۲۲۷، سورهٔ بقره.
(۲) جواهر، ج ۲۹، ص ۱۱۶.
(۳) ح ۱، باب ۷۱ از ابواب مقدّمات نکاح.
(۴) ح ۲، باب ۷۱ از ابواب مقدّمات نکاح.

که زوجه رضایت داشته است (امّا للزیارهٔ او للتجارهٔ أو غیرهما) و در غیر این مورد، ادّعای سیره مشکل است.
بنابراین اگر سفر طولانی باشد و ضرورتی در کار نباشد جلب رضایت زوجه لازم است.

الامر الثانی: هل هناک فرق بین الدائمهٔ و المنقطعه؟

بعضی فرق نگذاشته‌اند و تمسّک به اطلاق ادلّه کرده‌اند؛ ولی آیه اطلاق ندارد چون حکم ایلاء در منقطعه نیست. بنابراین آیه دلالت ندارد.
آیا روایت صفوان عمومیّت دارد؟
بعضی گفته‌اند که منقطعه را نمی‌گیرد، چون منقطعه خیلی از احکام زوجیّت را ندارد (حق القسم، نفقه، ارث)، به نظر می‌رسد که از منقطعه این حکم منصرف است و لکن احتیاط این است که در منقطعهٔ طولانی مدّت هم این حکم جاری است.
نتیجه: الاحوط لو لا الاقوی العموم فی المسألهٔ.

[مسألة ۱۴ (حكم العزل)]

اشاره

۱۲۱ مسئلة ۱۴ (حكم العزل ...) ۱۶/ ۳/ ۸۰

مسألة ۱۴: لا اشكال فى جواز العزل، و هو اخراج الآلة عند الانزال و افراغ المنى الى الخارج فى غير الزوجة الدّائمة الحرّة، و كذا فيها مع اذنها، و امّا فيها بدون إذنها ففيه قولان، اشهرهما الجواز مع الكراهة و هو الأقوى، بل لا يبعد عدم الكراهة فى الّتى علم أنّها لا تلد، و فى المسنّة و السليطة و البذيّة و الّتى لا ترضع ولدها، كما انّ الاقوى عدم وجوب دية النطفة عليه و ان قلنا بالحرمة، و قيل بوجوبها عليه للزوجة، و هى عشرة دنانير، و هو ضعيف فى الغاية.

عنوان مسأله:

هل يجوز العزل (جلوگيرى از انعقاد نطفه) ام لا؟ در زمان گذشته تنها راه جلوگيرى از انعقاد نطفه، «عزل» بود.

محلّ كلام:

مسلّماً در بعضى از موارد مثل امه، عقد منقطع و حرّة دائمه با رضايتش، عزل جايز است، و محلّ كلام تنها در مورد حرّة دائمه‌اى است كه رضايت ندارد. آيا زوج در اين مورد مى‌تواند عزل كند؟

اقوال:

مسأله اختلافى است، مشهور قائل به «جواز مع الكراهة» است؛ امّا اقلّيّتى از قدماء مثل شيخ طوسى و شيخ مفيد و جماعت ديگرى قائل به «حرمت» شده‌اند و حتّى گفته‌اند كه ديه هم دارد.

ادلّة حرمت عزل:

دلايلى براى حرمت عزل اقامه شده است:

۱- روايتى كه از طرق خاصّه و عامّه نقل شده است:

* دعائم الاسلام: عن جعفر بن محمّد عليه السلام انّه قال: الوأد

(زنده به زير خاك كردن)

الخفى أن يجامع الرجل المرأة، فاذا احسّ الماء نزعه منها فأنزله فيما سواها، فلا تفعلوا ذلك، فقد نهى رسول اللّه صلى الله عليه و آله ان يعزل عن الحرّة الّا باذنها، و عن الامة الّا باذن سيّدها «۱».

۲- روايتى است كه از طرق عامّه به همين مضمون نقل شده است.

...* و سألوه عن العزل فقال رسول اللّه صلى الله عليه و آله: الوأد الخفى. «۲»

۳- رواياتى كه در موارد خاصّه دلالت بر جواز مى‌كند و مفهوم دارد، يعنى در غير اين موارد لا يجوز العزل.

...* عن يعقوب الجعفى قال: سمعت أبا الحسن

(موسی بن جعفر علیه السلام)

یقول: لا بأس بالعزل فی ستّهٔ وجوه: المرأهٔ الّتی تیقّنت انّها لا تلد، و المسنّهٔ و المرأهٔ السلیطهٔ و البذیّهٔ

(بد زبان)

و المرأهٔ الّتی لا ترضع ولدها و الامهٔ «۳».

مفهوم روایت این است که «فی غیره بأسٌ»

جواب از دلیل: بأس همیشه دلالت بر حرمت ندارد، زیرا در موارد کثیره‌ای هم در کراهت به کار می‌رود، پس اعم از حرمت و کراهت است.

۴- روایاتی که دلالت بر دیه می‌کنند:

روایاتی «۴» که می‌گویند انزال خارِج رحم دیه دارد و مقدار آن ده دینار است که یک صدم دیهٔ کامله است، چون دیه برای جنایت است پس این کار هم جنایت است و حرام.

جواب از دلیل: روایات نشان می‌دهد که دیه در جائی است که کسی دیگری را اجبار کند که ماء را در خارج از رحم بریزد، و در اینجا چون حقّ مرد ضایع شده است، باید دیه بپردازند و این دیه بخاطر جنایتی است که بر مرد وارد شده و این غیر از بحث ما است، چون بحث ما در جائی است که مرد به رضایت خودش این کار را بکند.

نتیجه: این چهار دلیل هیچ کدام مورد قبول نیست، زیرا دلیل اوّل و دوّم سند نداشت (اوّلی از دعائم الاسلام بود و دوّمی هم سنن

---

(۱) مستدرک الوسائل، ج ۱۴، ح ۱، باب ۵۷ از ابواب مقدّمات نکاح.

(۲) سنن بیهقی، ج ۷، ص ۲۳۱.

(۳) ح ۴، باب ۷۶ از مقدّمات نکاح.

(۴) وسائل، ج ۱۹، کتاب الدیات، باب ۱۹ از ابواب دیات الاعضاء.

کتاب النکاح (مکارم)، ج۲، ص: ۱۴۳

بیهقی بود که برای ما حجّت نیست) و دلیل سوّم و چهارم هم دلالت ندارد.

سلّمناکه دلالتی هم داشته باشد؛ ولی در مقابل اینها روایاتی داریم که دلالت بر جواز می‌کند:

دلیل جواز عزل: روایات

...* عن محمّد بن مسلم قال: سألت أبا عبد اللّه علیه السلام عن العزل:

فقال: ذاک الی الرجل یصرفه حیث شاء. «۱»

احادیث دیگر «۲» این باب هم دلالت دارد. وقتی این گروه دوم روایات که مطابق اصالهٔ الحلیّهٔ و مطابق مشهور است، در کنار روایات سابقه قرار دهیم، ترجیح با جواز است، لا سیّما روایاتی هم داریم که تعبیر به کراهت دارد و شاهد بر جمع است.

...* عن محمّد بن مسلم، عن احدهما علیه السلام انّه سئل عن العزل فقال:

امّا الامهٔ فلا بأس فأمّا الحرّهٔ فانّی اکره ذلک الّا أن یشترط علیها حین یتزوّجها. «۳»

حدیث دوّم این باب هم همین مضمون را دارد.

بقی هنا امورٌ:

الامر الاوّل: در صورتی که زن ناراضی باشد و اگر باردار نشود، احتمال ضرر هم باشد

(مثلًا مریض می‌شود، جسماً یا روحاً) آیا در این صورت عزل جایز است؟

در اینجا با ادلّهٔ

«لا ضرر»

می‌توانیم بگوئیم که عزل حرام است.

الامر الثّانی: آیا کراهت یا حرمت عزل به سبب مشکلات کثرهٔ اولاد مرتفع می‌شود؟

کثرهٔ اولاد دو رقم مشکل ایجاد می‌کند، گاهی مشکل فردی مثل تأمین زندگی، تربیت اولاد و، ... و گاهی مشکلات اجتماعی مثل مشکلات فرهنگی، اقتصادی، اخلاقی، امنیتی، بهداشتی ایجاد می‌کند. اگر در بُرهه‌ای از زمان دیدیم مشکلاتی هست می‌توان گفت که کراهت برطرف می‌شود، زیرا معیاری که در مستثنیات شش‌گانه (در روایت) بود، در این مورد به طریق اولی هست و مشکلات در اینجا بیشتر است، بنابراین کراهت برطرف می‌شود. منتهی افراط و تفریط باطل است.

الامر الثّالث: عزل یکی از مصادیق جلوگیری است،

در زمان ما مصادیق دیگری هم وجود دارد، مثل قرصها، استفاده از وسایل جلوگیری و بستن لوله‌ها، آیا احکام عزل در این موارد هم جاری است؟

لحن روایات اینها را هم می‌گیرد، تناسب حکم و موضوع هم همین است چون عزل برای جلوگیری از انعقاد ولد است و موارد دیگری هم که مشابه عزل است باید حکم آن را داشته باشد و اگر در مورد عزل قائل به کراهت یا حرمت یا استثنا شویم، در موارد دیگر هم همین را می‌گوئیم.

---

(۱) ح ۱، باب ۷۵ از ابواب مقدّمات نکاح.

(۲) ح ۲ و ۳ و ۴ و ۵ باب ۷۵ از مقدّمات نکاح.

(۳) ح ۱، باب ۷۶ از ابواب مقدّمات نکاح.

الشریف) شهره بوده و لذا با نظر و درایت خود در سال ۱۳۴۰ هجری شمسی بنیانگذار مرکز و راهی شد که هیچ وقت چراغ آن خاموش نشد و هر روز قوی تر و بهتر راهش را ادامه می دهند.

مرکز تحقیقات قائمیه اصفهان از سال ۱۳۸۵ هجری شمسی تحت اشراف حضرت آیت الله حاج سید حسن امامی (قدس سره الشریف) و با فعالیت خالصانه و شبانه روزی تیمی مرکب از فرهیختگان حوزه و دانشگاه، فعالیت خود را در زمینه های مختلف مذهبی، فرهنگی و علمی آغاز نموده است.

اهداف :دفاع از حریم شیعه و بسط فرهنگ و معارف ناب ثقلین (کتاب الله و اهل البیت علیهم السلام) تقویت انگیزه جوانان و عامه مردم نسبت به بررسی دقیق تر مسائل دینی، جایگزین کردن مطالب سودمند به جای بلوتوث های بی محتوا در تلفن های همراه و رایانه ها ایجاد بستر جامع مطالعاتی بر اساس معارف قرآن کریم و اهل بیت علیهم السّلام با انگیزه نشر معارف، سرویس دهی به محققین و طلاب، گسترش فرهنگ مطالعه و غنی کردن اوقات فراغت علاقمندان به نرم افزار های علوم اسلامی، در دسترس بودن منابع لازم جهت سهولت رفع ابهام و شبهات منتشره در جامعه عدالت اجتماعی: با استفاده از ابزار نو می توان بصورت تصاعدی در نشر و پخش آن همت گمارد و از طرفی عدالت اجتماعی در تزریق امکانات را در سطح کشور و باز از جهتی نشر فرهنگ اسلامی ایرانی را در سطح جهان سرعت بخشید.

از جمله فعالیتهای گسترده مرکز :

الف)چاپ و نشر ده ها عنوان کتاب، جزوه و ماهنامه همراه با برگزاری مسابقه کتابخوانی

ب)تولید صدها نرم افزار تحقیقاتی و کتابخانه ای قابل اجرا در رایانه و گوشی تلفن سهمراه

ج)تولید نمایشگاه های سه بعدی، پانوراما ، انیمیشن ، بازیهای رایانه ای و ... اماکن مذهبی، گردشگری و...

د)ایجاد سایت اینترنتی قائمیه www.ghaemiyeh.com جهت دانلود رایگان نرم افزار های تلفن همراه و چندین سایت مذهبی دیگر

ه)تولید محصولات نمایشی، سخنرانی و ... جهت نمایش در شبکه های ماهواره ای

و)راه اندازی و پشتیبانی علمی سامانه پاسخ گویی به سوالات شرعی، اخلاقی و اعتقادی (خط ۲۳۵۰۵۲۴)

ز)طراحی سیستم های حسابداری ، رسانه ساز ، موبایل ساز ، سامانه خودکار و دستی بلوتوث، وب کیوسک ، SMS و...

ح)همکاری افتخاری با دهها مرکز حقیقی و حقوقی از جمله بیوت آیات عظام، حوزه های علمیه، دانشگاهها، اماکن مذهبی مانند مسجد جمکران و ...

ط)برگزاری همایش ها، و اجرای طرح مهد، ویژه کودکان و نوجوانان شرکت کننده در جلسه

ی)برگزاری دوره های آموزشی ویژه عموم و دوره های تربیت مربی (حضوری و مجازی) در طول سال

دفتر مرکزی: اصفهان/خ مسجد سید/ حد فاصل خیابان پنج رمضان و چهارراه وفائی / مجتمع فرهنگی مذهبی قائمیه اصفهان

تاریخ تأسیس: ۱۳۸۵ شماره ثبت : ۲۳۷۳ شناسه ملی : ۱۰۸۶۰۱۵۲۰۲۶

وب سایت: www.ghaemiyeh.com ایمیل: Info@ghaemiyeh.com فروشگاه اینترنتی: www.eslamshop.com

تلفن ۲۵-۲۳۵۷۰۲۳- (۰۳۱۱) فکس ۲۳۵۷۰۲۲ (۰۳۱۱) دفتر تهران ۸۸۳۱۸۷۲۲ (۰۲۱) بازرگانی و فروش ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹ امور کاربران ۲۳۳۳۰۴۵(۰۳۱۱)

نکته قابل توجه اینکه بودجه این مرکز؛ مردمی ، غیر دولتی و غیر انتفاعی با همت عده ای خیر اندیش اداره و تامین گردیده و لی جوابگوی حجم رو به رشد و وسیع فعالیت مذهبی و علمی حاضر و طرح های توسعه ای فرهنگی نیست، از اینرو این مرکز به فضل

و کرم صاحب اصلی این خانه (قائمیه) امید داشته و امیدواریم حضرت بقیه الله الاعظم عجل الله تعالی فرجه الشریف توفیق روزافزونی را شامل همگان بنماید تا در صورت امکان در این امر مهم ما را یاری نمایندانشاالله.

شماره حساب ۶۲۱۰۶۰۹۵۳ ، شماره کارت :۶۲۷۳-۵۳۳۱-۳۰۴۵-۱۹۷۳و شماره حساب شبا : IR۹۰-۰۱۸۰-۰۰۰۰-۰۰۰۰-۰۶۲۱-۰۶۰۹-۵۳به نام مرکز تحقیقات رایانه ای قائمیه اصفهان نزد بانک تجارت شعبه اصفهان – خیابان مسجد سید

ارزش کار فکری و عقیدتی

الاحتجاج - به سندش، از امام حسین علیه السلام -: هر کس عهده دار یتیمی از ما شود که محنتِ غیبت ما، او را از ما جدا کرده است و از علوم ما که به دستش رسیده، به او سهمی دهد تا ارشاد و هدایتش کند، خداوند به او می‌فرماید: «ای بنده بزرگوار شریک کننده برادرش! من در کَرَم کردن، از تو سزاوارترم. فرشتگان من! برای او در بهشت، به عدد هر حرفی که یاد داده است، هزار هزار، کاخ قرار دهید و از دیگر نعمت‌ها، آنچه را که لایق اوست، به آنها ضمیمه کنید».

التفسیر المنسوب إلی الإمام العسکری علیه السلام: امام حسین علیه السلام به مردی فرمود: «کدام یک را دوست‌تر می‌داری: مردی اراده کشتن بینوایی ضعیف را دارد و تو او را از دستش می‌رَهانی، یا مردی ناصبی اراده گمراه کردن مؤمنی بینوا و ضعیف از پیروان ما را دارد، امّا تو دریچه‌ای [از علم] را بر او می‌گشایی که آن بینوا، خود را بِدان، نگاه می‌دارد و با حجّت‌های خدای متعال، خصم خویش را ساکت می‌سازد و او را می‌شکند؟».

[سپس] فرمود: «حتماً رهاندن این مؤمن بینوا از دست آن ناصبی. بی‌گمان، خدای متعال می‌فرماید: «و هر که او را زنده کند، گویی همه مردم را زنده کرده است»؛ یعنی هر که او را زنده کند و از کفر به ایمان، ارشاد کند، گویی همه مردم را زنده کرده است، پیش از آن که آنان را با شمشیرهای تیز بکشد».

مسند زید: امام حسین علیه السلام فرمود: «هر کس انسانی را از گمراهی به معرفت حق، فرا بخواند و او اجابت کند، اجری مانند آزاد کردن بنده دارد».